This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

Digitized by Google

Library
of the
University of Wisconsin

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

STORIA

DEL

DIRITTO ITALIANO

VOLUME III.

PARTE SECONDA.

Digitized by Google

ALTRE PUBBLICAZIONI DELL'AUTORE.

STORIA DEL DIRITTO ITALIANO, 8ª ediz., Torino, 1921, pagg. 831.

LE CAPITALISME DANS LE MONDE ANTIQUE. Études sur l'histoire de l'économie romaine (nella *Bibliothèque d'économie politique* di GIARD e BRIÈRE, Paris, 1906, pag. 321), tradotto in tedesco da K. KAUTSKY, *Der Kapitalismus im Altertum*, Stuttgart, 1ª ediz., 1912; 2ª ediz. 1922, pag. 298.

CONTRIBUTI ALLA STORIA ECONOMICA D'ITALIA:

1. *Stato e popolazione d'Italia prima e dopo le invasioni barbariche* (Memorie dell'Accad. di scienze e lettere di Palermo, V, 1900).

2. *Città e campagne prima e dopo il mille* (Giornale di scienze naturali ed economiche, XX, Palermo, 1901).

3. *Sulla distribuzione della proprietà fondiaria in Italia al tempo dell'Impero* (in Archivio giuridico, vol. LXII, Modena, 1899).

4. *Sull'esportazione di grano e di olio dall'Africa* (Napoli, 1912).

5. *Studi sulla storia della proprietà fondiaria in Italia: la proprietà fondiaria in Italia nell'agro modenese durante il medio evo* (Atti e mem. di Deputaz. di storia patria d. prov. moden. serie V, vol. XI, Modena, 1917).

6. *Il commercio del denaro a Roma nelle lettere di Cicerone ad Attico* (Accad. di scienze morali e politiche, XLVII, Napoli, 1921).

7. *L'economia medievale e le dottrine economiche nella scolastica pretomista* (id. XLVIII, Napoli, 1921).

8. *La città antica e la sua economia a proposito delle grandi epoche della storia economica* (id. XLIX, Napoli, 1923).

9. *Las doctrinas economicas en la scolastica* (in *Anuario de historia del derecho espanol*, Madrid, 1927).

10. *Per la storia d. proprietà in Italia — Le colonizzazioni in Sicilia nei sec. XVI e XVII — Massari e manenti nell'economia dell'alto medio evo* (Vierteljahrs. f. Sozial u. Wirtschaftsgesch., I, III, XX, Stuttgart, 1927).

STORIA ECONOMICA D'ITALIA NELL'ALTO MEDIO EVO. LE NOSTRE ORIGINI, Napoli, 1915, pag. 290.

STORIA DELL'IMMUNITÀ, DELLE SIGNORIE E GIUSTIZIE DELLE CHIESE IN ITALIA, negli Atti e memorie della Storia patria d. prov. moden. e parm. s. III, vol. V e VI, Modena, 1886; Napoli, 1917, pag. XXI-323.

L'ISTRUZIONE PUBBLICA IN ITALIA NEI SECOLI VIII, IX E X, Firenze, 1913, pag. 192.

LOS DEFECTOS SOCIALES DE LES LEYES VIGENTES, Madrid, 1907, pag. 97.

LE CONCEPT DE LA GUERRE JUSTE D'APRÈS LES ÉCRIVAINS ANTERIEURS À GROTIUS, Paris, 1918, pag. 128.

Digitized by Google

STORIA

DEL

DIRITTO ITALIANO

PUBBLICATA SOTTO LA DIREZIONE

DI

PASQUALE DEL GIUDICE
PROFESSORE EMERITO DELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA

VOLUME III - PARTE SECONDA

STORIA DELLA PROCEDURA CIVILE E CRIMINALE

DI

GIUSEPPE SALVIOLI
PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

ULRICO HOEPLI
EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA
MILANO

1927

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Printed in Italy

Milano — Tipografia Cav. Umberto Allegretti di Serafino Allegretti — Via Orti, 2

Digitized by Google

475929
OCT 16 1939

K36L
1011
3
2

PREFAZIONE

Questa Storia viene alla luce nel momento in cui il Governo nazionale attende con intensa sollecitudine a rinnovare i Codici di procedura civile e penale: aspirazione maturata pel primo in dodici lustri di esperienze e di studi, che hanno mostrato i difetti e indicato i miglioramenti pratici che si possono raggiungere. Ogni legge procedurale è opera d'arte nella quale sopra alcuni principii fondamentali e necessari il legislatore costruisce ciò che è più consentaneo alle esigenze del suo tempo; e poichè le presenti esigenze hanno carattere prevalentemente sociale, anche i mezzi per riabilitare il diritto offeso devono superare la cerchia della difesa dell'interesse privato e avere funzioni e fini di ordine più elevato, coincidenti con quelli dello Stato. Il procedimento nuovo deve essere nei fini e quindi nei mezzi diverso dall'antico per meglio assicurare colla libertà l'ordine, colla prontezza la maturità, col potere moderatore la sicurezza contro l'arbitrio, colla facilità dell'agire la repressione contro il temerario litigante. In questo dualismo stanno le vere e intime difficoltà del processo, e la storia appunto serve a istruire come siano sempre esistite e come siasi cercato di vincerle: e attraverso ai tanti esperimenti il lettore troverà in queste pagine come alla pratica italiana non siano rimasti estranei i concetti di investire l'autorità giudiziaria di poteri e di iniziative che le correnti dottrinali del secolo passato le tolsero e che oggi devonsi riassumere anche per raggiungere scopi di educazione sociale (capo XVI).

Pel Codice di procedura penale, che è sotto revisione, la presente esposizione storica indica il laborioso e vano cammino percorso dalle generazioni passate per avvicinarsi a una meta che erronei presupposti rendevano per esse più lontana e difficile.

Digitized by Google

Questa seconda parte è consacrata alla storia della procedura italiana dall'epoca del risorgimento del diritto romano ai giorni nostri. Sono quindi studiate ed esposte le vicende di tanti istituti nelle leggi di otto secoli e più specialmente nella elaborazione dottrinale dei nostri giureconsulti. Ora in questa trattazione io credo che un risultato emerga in modo preeminente e resti acquisito, quello cioè del posto di primaria importanza spettante alla scienza giuridica italiana nella storia della moderna procedura, il che vuol dire nella storia della civiltà.

Perchè da questa Storia resterà dimostrato come il procedimento che dall'Italia si diffuse in parte di Europa col nome di romano-canonico, sia invece italiano e debba essere chiamato procedimento italiano, perchè nato ed elaborato nelle nostre scuole e nei nostri tribunali, ove quegli elementi di tecnica e di pratica provenienti da diverse fonti furono fusi, completati e sopratutto superati. Se ciò riescirà provato, sarà rinverdita ed esaltata la conoscenza di un prodotto della nostra civiltà giuridica fiorente quando altri paesi stavano avvinghiati a un materialismo giudiziario infantile: così si riconoscerà che l'Italia fu anche nel procedimento civile la maestra, continuando la sua missione ereditata da Roma.

Vignola (Modena), Pasqua del 1927.

GIUSEPPE SALVIOLI.

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

Pag.

PREFAZIONE V

PARTE SECONDA — DAL SEC. XIII AL XIX SECOLO.

SEZIONE PRIMA: *Ordinamenti giudiziari e magistrature dall'epoca comunale all'unità italiana.*

CAPO I. — Ordinamenti giudiziari nei Comuni e nelle Signorie dell'Italia settentrionale e centrale 3

§ 1. Trasferimento della giurisdizione comitale-vescovile ai Consoli 5

1. Primi inizi del tribunale consolare — 2. Convenzioni dei consoli coi vescovi.

§ 2. Il tribunale del Console e del Podestà..... 7

3. La pace di Costanza — 4. Potere giudiziario dei Consoli — 5. Loro competenza — 6. I *iudices* dei Consoli e dei Podestà: i *sapientes* e i *legis doctores* — 7. Innovazioni al tempo delle Signorie: formazione di tribunali superiori — 8. Molteplicità di tribunali e di competenze.

CAPO II. — Gli ordinamenti giudiziari dell'Italia meridionale sotto i Normanni e gli Svevi 17

1. Magistrature dei Normanni — 2. Riforme di Federico II: i baiuli e la M. Curia — 3. Tribunali speciali..

CAPO III. — Ordinamenti giudiziari dal sec. XV al XVIII..... 22

1. Difetti nell'amministrazione della giustizia: ingerenza dei Governi.

§ 1. Il Piemonte 26

2. La giustizia negli antichi stati dei duchi di Savoia — 3. Tribunali inferiori e di appello — 4 e 5. Riforme nei secoli XVI e XVIII.

§ 2. Genova 33

6. Tribunali in Liguria: la Ruota genovese.

§ 3. Toscana 33

§ 4. Lombardia, Stati dell'Italia centrale 34

8. Lo Stato di Milano: il Senato milanese — 9. Il Consiglio di giustizia nel sec. XVIII — 10. I tribunali a Parma e a Piacenza — 11. A Modena.

Digitized by Google

Pag.

§ 5. Venezia 38

12. Magistrature venete — 13. Quarantie e Collegi — 14. Gli avvocati — 15. Tribunali di terraferma — 16. I tribunali ad Aquileia.

§ 6. Roma e lo Stato pontificio 44

17. Curie della città di Roma — 18. La Rota romana — 19. Provvedimenti pontifici — 20. La giustizia nelle provincie — 21. Nella repubblica di S. Marino.

§ 7. Il Regno di Napoli 48

22. La giustizia sotto gli Angioini — 23. Sotto gli Aragonesi — 24. Tribunali a Napoli nel sec. XVIII — 25. Riforme dei Borboni.

§ 8. La Sicilia 52

26. Al tempo degli Aragonesi — 27. La M. Curia, il Concistoro e la R. Consulta — 28. Tribunali speciali e baronali: le lettere arbitrarie: vizi nell'amministrazione della giustizia.

§ 9. La Sardegna 57

CAPO IV. — Le giustizie feudali dopo il sec. XIII 60

1-2. Tramonto delle giustizie comitali — 3. I borghi franchi — 4. Vicende di esse in Piemonte e Sardegna — 5. Nelle regioni alpine — 6-7. Nell'Italia meridionale — 8. In Sicilia.

CAPO V. — Il foro ecclesiastico dal sec. XI al sec. XIX..... 74

1-2. Vicende fino a Graziano — 3. Dottrina della Chiesa e controversie coi Comuni italiani — 4. La legislazione statutaria — 5. Il foro ecclesiastico nel Napoletano — 6. In Piemonte e Sardegna — 7. Il S. Uffizio — 8. Dottrine dei giuristi italiani — 9. Controversie nel sec. XVIII: sua abolizione — 10. La Legazia sicula e il suo tribunale.

CAPO VI. — Le giurisdizioni speciali 95

§ 1. Il foro delle corporazioni e del commercio 95

1-3. Origine del tribunale delle arti — 4. Sua competenza — 5. Dottrine dei giuristi — 6. Vicende dopo il sec. XVI e istituzione delle Camere mercantili — 7. I tribunali di commercio — 8. I consolati delle arti.

§ 2. Il foro marittimo 107

9. I consoli di mare — 10. La Portolania a Napoli.

§ 3. I giudici delle fiere 111

§ 4. Il tribunale degli Ebrei 114

§ 5. Il foro degli studenti 119

§ 6. Il foro dei monetieri 122

§ 7. Giurisdizione sui forestieri 125

§ 8. Giurisdizione consolare 129

§ 9. Foro dei nobili e degli ordini equestri 131

§ 10. Giurisdizione militare..... 134

CAPO VII. — Ordinamenti giudiziari del secolo XIX 138

§ 1. Piemonte 139

Digitized by Google

Pag.

§ 2. Lombardo-Veneto 140
§ 3. Toscana 142
§ 4. Ducati di Modena e di Parma 143
§ 5. Stato pontificio 144
§ 6. Regno delle due Sicilie 146

SEZIONE SECONDA: *Il procedimento civile e criminale dal secolo XIII al secolo XIX.*

CAPO I. — Il processo romano-canonico e la sua letteratura dal secolo XII al secolo XVIII 151
1. L'epoca comunale di rinnovamento — 2. Risorgimento del diritto romano — 3. Influenza del diritto canonico nel processo — 4. Nessuna influenza del diritto germanico: azione del processo canonico — 5. I primi proceduristi italiani: scrittori di procedura.
Opere principali di procedura composte in Italia 161

CAPO II. — Il tribunale pubblico e l'arbitrato 165
1. Il processo — 2. Potestà investite di giurisdizione.
§ 1. Giudici e tribunale 167
3. Poteri giurisdizionali — 4. Giudici ordinari e delegati — 5. Requisiti dei giudici — 6. Difetti nella loro nomina — 7. Doveri dei giudici — 8. Venalità delle cariche — 9. Gli assessori — 10. I cancellieri — 11. I funzionari inferiori — 12. La sede dei tribunali — 13. Le udienze e le ferie.
§ 2. L'arbitrato 180
15-16. Gli arbitri: il compromesso — 17. L'arbitrato necessario — 18. Nomina degli arbitri — 19. La dottrina.

CAPO III. — La competenza 191
1-3. I fori speciali: disordine nelle competenze — 4. Il domicilio — 5. Il *forum rei sitae* — 6. Il *forum contractus* — 7. Il foro del delitto — 8. La prevenzione — 9. Competenza nel procedimento esecutivo — 10. La riconvenzione — 11. Il foro prorogato — 12. Eccezione di suspicione: avocazione delle cause al principe: eccezioni alla competenza — 13. Privilegi — 14. Difetti e riforme nel sec. XVIII.

CAPO IV. — Le parti nel processo 212
§ 1. Le parti 212
1. Le parti — 2. Le donne — 3. Cessione di azioni: l'azione popolare.
§ 2. La rappresentanza 216
§ 3. L'avvocatura 220
8. Gli avvocati — 9. Abusi nell'esercizio — 10. Provvedimenti per Napoli — 10. L'avvocatura in Lombardia e a Venezia 11. Regole sull'avvocatura — 12-13. Gli avvocati dei poveri — 14. Gli avvocati del fisco.

Digitized by Google

Pag.

CAPO V. — Il processo civile fino al sec. XVIII 232

§ 1. Il processo scritto 232

1-2. Abbandono dell'oralità — 3. Introduzione della scrittura.

§ 2. La posizione del giudice 235

4-5. Diritti e doveri del giudice.

§ 3. Le azioni: il giudizio di iattanza 240

6. Le azioni — 7. Il processo provocatorio.

§ 4. Gli atti preparatori: il libello 242

8-9. Il libello — 10-11. Varie leggi in proposito — 12. Il *nomen actionis*: la *presentata* a Napoli e il *clamore* a Venezia — 13. Opposizioni al libello: la dottrina.

§ 5. La citazione 252

14. Forme della citazione — 15. Condizioni per fare la citazione — 16. Requisiti — 17. Termini a comparire — 18. Le tre citazioni: citazione per proclami — 19. Riforme nel sec. XVI — 20. La citazione a Napoli, in Sicilia, in Sardegna — 21. Effetti della citazione.

§ 6. La contumacia 264

22. Il banno e il blasmo: la *missio in bona* — 23. Il primo e secondo decreto — 24-25. Le *prese* e il *praeceptum disgumbrandi* — 26. La contumacia dell'attore.

§ 7. Partecipazione di terzo al giudizio 269

27. Teoriche dell'*interventio, litis denunciatio, laudatio auctoris*: la dottrina del *tertius* — 28. Posizione del terzo — 29. La pratica dell'intervento — 30. Leggi sull'intervento — 31. La *nominatio auctoris*.

§ 8. Cautele, termini e perenzione 276

32. Termini per finire le liti — 33. La perenzione di istanza — 34-35. Espedienti per eludere la perenzione: l'*insufflatio spiritus* — 36. Le dilazioni: la dichiarazione *in confusum*.

CAPO VI. — La procedura civile di prima istanza 285

1. Ordine e fasi degli atti processuali.

§ 1. Questioni pregiudiziali 286

2. Questioni emergenti — 3. La causa penale.

§ 2. Le eccezioni 290

4. La dottrina delle eccezioni: loro divisione — 5. Eccezioni dilatorie e perentorie — 6. Rimedi contro il dilagare delle eccezioni.

§ 3. La contestazione di lite 296

7. Differenze colla *litis cont.* romana: forma e significato di essa nel procedimento italiano — 8. Minore importanza sua — 9. Discussioni dottrinali — 10. La *litispendenza*; gli *attentati*.

§ 4. Il giuramento di calunnia 305

11. Il *iuramentum veritatis et malitiae*; vicende del giuramento di calunnia in Italia.

§ 5. Interrogatori e posizioni 309

12. Le *quaestiones* poste dal giudice — 13. Le posizioni — 14. Innovazioni dei proceduristi e diffusione del sistema di

Digitized by Google

Pag.

porre — 15. Forma usata nelle posizioni: le risposte — 16. Le posizioni dopo il sec. XVI: gli *articoli* — 17. Le posizioni a Napoli e in Piemonte: i *capitoli* nel procedimento veneto.

§ 6. Gli atti processuali 322

18. La pubblicazione degli atti — 19. Le *disputationes* e le allegazioni — 20. Il *conclusum in causa* — 21. Le informazioni orali.

CAPO VII. — La cognizione sommaria 327

1. Sua origine italiana: l'ordine processuale nelle curie mercantili — 2. Forme sommarie usate nei tribunali ecclesiastici — 3. La legislazione pontificia — 4. I giuristi italiani — 5. Disposizioni statutarie — 6-8. Diffusione del procedimento sommario — 9. Sua alterazione — 10. Le cause possessorie — 10. Il *possessorium summariissimum* — 12-13. Procedimento sommario dopo il sec. XV — 14. Procedimento *per viam cedulae*.

CAPO VIII. — La procedura criminale dal secolo XIII al XVI.. 347

1. Introduzione.

§ 1. Il procedimento per accusa e denunzia 349

2. L'accusa — 3. Il libello accusatorio — 4. Formalità uniformi al procedimento civile — 5. La denunzia degli ufficiali pubblici — 6. La denunzia privata volontaria.

§ 2. Il procedimento inquisitorio o di ufficio 356

7. L'inquisizione nel periodo comunale — 8. L'inquisizione preparatoria — 9. Motivi per procedervi: pratica fino al secolo XVI: segretezza, tortura.

§ 3. Il procedimento criminale a Napoli e in Sicilia ... 363

10. L'inquisizione normanna e sveva: privilegi accordati alle città: l'*inquisitio generalis* — 11. L'*inquisitio specialis* — 12. Vicende sotto gli Angioini e gli Aragonesi — 13. L'inquisizione contro gli eretici — 14. Procedure straordinarie, *sine figura iudicii*: le lettere arbitrarie.

§ 4. La parte civile 369

15. La parte privata: l'accusatore, il querelante.

CAPO IX. — Il procedimento penale dal secolo XVI alla fine del secolo XVIII 373

1. L'accusa e il procedimento di ufficio — 2. Requisiti per la accusa e la querela — 3. Obbligo delle denunzie: commissioni per le denunzie: il procuratore fiscale — 4-5. Il procedimento inquisitorio nei diversi stati italiani — 6. Il procedimento criminale a Venezia — 7. Nello Stato pontificio — 8. In Toscana, in Lombardia — 8. Nel Napoletano — 9. In Sicilia — 10. Forme da osservarsi nel procedimento *ex officio* — 11. La libertà provvisoria — 12. La difesa — 13. La discussione delle prove — 14. Procedimenti statari e di mano regia — 15. Vizi del procedimento nel sec. XVIII — 16. Riforme nell'Alta Italia e Centrale — 17. Nel Napoletano: grandi difetti ancora esistenti — 18. — Le critiche di Beccaria e Filangieri.

Digitized by Google

Pag.

CAPO X. — Il procedimento criminale contumaciale 396

1. La contumacia: il bando: i forbanniti — 2. La pena del bando nelle leggi e nella letteratura giuridica — 3. Misure terribili contro i contumaci — 4. Rimedi cercati dalla dottrina: il bando delle teste in Sicilia: le riforme in Toscana.

CAPO XI. — Le prove nel processo civile e criminale 405

1. Introduzione.

§ 1. Concetto e onere della prova dal sec. XII al XV.. 407

2. Concetto della prova — 2-3. Dottrine sull'onere della prova — 4. La prova delle negative — 5. La dottrina del secolo XVI — 6. Divisione delle prove — 7. Procedura probatoria.

§ 2. Sopravvivenze barbariche: il giuramento di purificazione e il giudizio di Dio 415

8. I congiuratori — 9. I giudizi di Dio: il duello.

§ 3. La prova per testimoni 423

10. Sua prevalenza presso i Comuni — 11. Deposizione segreta — 12. Formalità — 13. Distinzione dei testimoni — 14. Testimonianza delle donne — 15. Numero dei testi — 15 bis. Testi *ad aeternam memoriam* — 16. La dottrina sulla prova testimoniale: pratiche nelle varie regioni — 17. Regole nel secolo XVIII.

§ 4. La prova scritta 439

18. Preferenza di questa prova — 19. Regole nelle leggi e nella dottrina — 20. La scrittura privata.

§ 5. La confessione 443

21. La confessione giudiziaria — 22. La extragiudiziale — 23. La confessione del reo: la tortura.

§ 6. Il giuramento 447

24. Varie qualità di giuramento — 25. Il suppletorio — 26. Quello di purgazione — 27. Il *iuram. iudiciale* — 28. Il *iuram. de perhorrescentia* — 29. Solennità — 30. Il giuramento dell'accusatore.

§ 7. Il notorio 456

31. Dottrina del notorio — 32. Sue definizioni — 33. Importanza del notorio nella vita sociale e nel procedimento.

§ 8. Gli indizi 460

34. La dottrina: distinzione di essi — 35. Tentativi della dottrina del sec. XVIII per determinare i vari estremi degli indizi.

§ 9. La perizia 463

§ 10. Le prove legali 465

37. Loro significato: lavoro dottrinale per stabilirne i caratteri — 38. Regole nel diritto canonico — 39. Principio e regole della prova legale nel sec. XIV — 40. La dottrina del sec. XVI e seguenti — 41. Persistenza della prova legale nel sec. XVIII.

§ 11. La tortura 476

42. Ragioni del suo uso — 43. Trattati sulla tortura: pra-

Digitized by Google

Pag.

tica dei tribunali — 44. Modi di infliggerla — 45. Valore della confessione — 46. La tortura nelle leggi del sec. XVI al XVIII: il libro di Cesare Beccaria: la tortura in Sicilia: i *dammusi*: la tortura in Sardegna.

§ 12. Le prove nelle leggi e nella dottrina italiana dei secoli XVII, XVIII e XIX 486

47. Le prove nel sec. XVII e XVIII — 48. Leggi toscane, estensi e napoletane — 49. Modi viziati nel raccogliere le prove e persistenza degli errori antichi: la critica di Beccaria, di Filangieri e di Mario Pagano; idee di Carmignani — 50. La certezza morale nelle leggi del sec. XIX: residui favorevoli alla prova legale.

CAPO XII. — La sentenza civile e criminale 494

§ 1. La conclusione del giudizio 494

1-2. Espedienti per riaprire il giudizio.

§ 2. Il consiglio del sapiente 498

4. Ragioni del consiglio — 5. I *sapientes* consiglieri — 6. Procedura per chiedere il consiglio — 7. Suo uso nel sec. XVIII.

§ 3. La sentenza civile 503

8. Le relazioni al principe: la consultazione dei giudici superiori: il giudice idiota: l'opinamento a Roma: la proposizione dei dubbi in Toscana — 9. I provvedimenti del giudice: il suo dovere di pronunciare entro il termine — 10. Formulazione della sentenza: tribunali collegiali — 11. Formalità: la sentenza scritta — 12. Scrittura della sentenza — 13. Le sentenze dell'epoca comunale — 14. La motivazione — 15. La pubblicazione: presenza delle parti — 16. La notificazione nel sec. XIV — 17. La sentenza interlocutoria: carattere secondo la dottrina — 18. Diverse qualità di interlocutorie — 19. La sentenza definitiva: la sentenza condizionale — 20. Il decreto sigillato — 21. Le sentenze provvisorie — 22. Facoltà di mutare o correggere la sentenza o di sospenderla — 23. La condanna nelle spese — 24. Eccezioni e particolarità relative alla sentenza.

§ 4. La sentenza penale 536

25. Diversità del processo civile e del penale — 26. Gli atti processuali di accusa e di difesa — 27. Pubblicazione del processo: la *monitio ad sententiam* — 28. Condizioni per condannare: requisiti della sentenza — 29. Le sentenze di condanna — 38. Le sentenze di assoluzione.

§ 5. La cosa giudicata 544

31. La cosa giudicata nel diritto canonico e secondo i glossatori — 32. Gli effetti della sentenza nella dottrina italiana — 33. La verità finta: eccezioni alla sentenza — 34. Incertezza del giudicato — 35. Le sentenze provvisorie — 36. Questioni nella dottrina — 37. La cosa giudicata criminale: pretesti per invalidarla.

CAPO XIII. — Rimedi giudiziari contro le sentenze 553

1. Introduzione.

§ 1. L'appello 555

Digitized by Google

Pag.

2. La *reclamatio* al superiore: i risultati della pace di Costanza — 3. Gli appelli negli statuti italiani — 4. Competenza riservata all'imperatore — 5. I tribunali di appello nella dominante — 6. Ordinamento delle Curie superiori negli Stati italiani — 7. L'appello *omisso medio* — 8. Estensione dell'appello all'ingiustizia e all'inosservanza delle forme — 9. Cause nelle quali non era ammesso — 10. L'appello dalle interlocutorie — 11. Formalità — 12. Gli *apostoli* — 13. L'intromissione veneta — 14-15. Procedura di appello: il *beneficium novorum* — 16. L'appello nell'Italia meridionale — 18. Conseguenze dell'appello — 19. Innovazioni posteriori al sec. XVIII.

§ 2. La querela di nullità 587

20. Le nullità secondo la dottrina antica — 21. Secondo le leggi — 22. La *querela nullitatis* — 23. I processualisti del sec. XIV — 24. Cumulo dell'appello e della nullità — 25. Motivi di nullità — 26. Contributi della dottrina italiana alla materia delle nullità — 27. Tribunali competenti — 28. Provvedimenti nel diritto napoletano — 29. La querela nelle leggi del sec. XIX.

§ 3. Altri rimedi contro le sentenze 605

30. La *restitutio in integrum* — 31. La supplica — 32. La revocazione: il contrario impero — 33. L'opposizione di terzo — 34 L'appello extragiudiziale.

§ 4. Rimedi alle sentenze penali 614

35. L'appello — 36. La grazia — 37. L'appello dal fisco — 38. La revocazione — 39. La supplica — 40. Le nullità — 41. La *restitutio*: la composizione.

§ 5. La Cassazione 622

CAPO XIV. — Il procedimento di esecuzione 626

1. Introduzione.

§ 1. L'esecuzione privata e convenzionale 629

2. Esecuzione privata sulla persona: consegna del debitore al creditore: servizi personali — 2. Occupazione dei beni — 4. Dottrina dei glossatori — 5. Reazione delle leggi comunali — 6. Il patto di esecuzione privata nel sec. XV — 7. nel XVI fino al XVIII — 8. Pignoramento privato contro contadini, ecc. — 9. In caso di pascolo abusivo — 10. Contro inquilini.

§ 2. Il sequestro conservativo 643

11. Il diritto di controllo — 12. Misure contro il fuggitivo — 13. Contro il debitore sospetto di insolvenza — 14. Dottrina dei glossatori — 15. Arresto e sequestro dei beni — 16. La pratica e la dottrina anteriore al Codice francese.

§ 3. Procedimento monitorio 654

17. Il *praeceptum sine cognitione causae* — 18. Pratica italiana — 19. Procedimento.

§ 4. I titoli esecutivi 658

20. La *confessio in iure* — 21. I notai *iudices chartularii* — 22. Gli istrumenti guarentigiati — 23. Dottrina e pratica ita-

Digitized by Google

Pag.

liana — 24. Istrumenti sigillati in Piemonte — 25. Diritto napoletano, ligure, di Roma.

§ 5. L'esecuzione di autorità 669

26. Primi mezzi di esecuzione — 27. Il bando — 28. Il biasimo — 29. Procedimento esecutivo — 30. Procedura veneta — 31. La *datio in solutum* — 32. Innovazioni della pratica e della dottrina — 33. Esecuzione sui mobili — 34. Sui crediti — 35. Il giuramento di manifestazione — 36. Difetti del procedimento — 37. Procedimento immobiliare: gli incanti: il *beneficium competentiae* e quello *dimidii solidi* — 38. Progresso nelle leggi dei sec. XVI e XVII: la letteratura giuridica sul procedimento esecutivo — 39. Riforme nel sec. XVIII: nuovo carattere del procedimento — 40. Leggi piemontesi, estensi, ecc.: le perizie — 41. L'offerta reale — 42. Il giudizio di concorso — 43 bis. Il procedimento esecutivo a Fiume, a Trento, in Sardegna, ecc.: difetti generali — 43. Il *mandatum de solvendo*: il *tocco* toscano.

§ 6. L'esecuzione personale: l'arresto per debiti 703

44. L'esecuzione sul cadavere: la chiusura della casa — 45. L'arresto privato — 46. L'arresto nelle carceri pubbliche — 47. Cause nelle quali non era ammesso: persone esenti — 48. Carattere dell'arresto: avversione delle leggi italiane e del diritto canonico all'arresto — 49. L'arresto nel sec. XVIII.

§ 7. La cessione dei beni 713

50. La *cessio bonorum*: legislazione comunale — 51. Le formalità ignominiose — 51 bis. Città contrarie ad esse — 52. Origine di quelle formalità: conseguenze della cessione.

§ 8. Procedimento fallimentare 721

53. Sua origine — 54. I cessanti nell'antica legislazione comunale: legislazione senese, veneta, genovese, ecc. — 55. La *missio in possessionem*: la dottrina italiana: riforme nelle leggi del sec. XVIII.

§ 9. Il procedimento esecutivo nei regni di Napoli e di Sicilia 727

56. Il procedimento nella legislazione napoletana: le lettere esecutoriali: procedura mobiliare e immobiliare: l'arresto: il fallimento — 57. Legislazione siciliana — 58. Il *modus procedendi per viam cedulae*: il *beneficium quindenae*: la distrazione immobiliare: il pinguevalente: il pignoramento di propria autorità: l'arresto — 59. Le consuetudini delle città siciliane: il miserabile beneficio della cessione — 60. L'arresto del debitore in Sicilia.

CAPO XV. — Guarentigie processuali 737

§ 1. Doveri e responsabilità del giudice 737

1. Valutazione sull'amministrazione della giustizia in Italia nei secoli passati: doveri del giudice: sue responsabilità: controlli.

§ 2. La libertà delle parti 740

2. Il diritto di disposizione: il procuratore — 3. L'avvocato:

Digitized by Google

Pag.

libertà nella difesa: modo di comportarsi dell'avvocato — 4. Tempo concesso per le arringhe: disposizioni del diritto veneto e piemontese: l'appuramento dei fatti a Napoli.

§ 3. Guarentigie nel procedimento criminale 747

5. Concessioni al rispetto della personalità umana: la difesa dell'imputato: azione della dottrina italiana in favore degli inquisiti: vizi fondamentali del procedimento criminale.

§ 4. L'inviolabilità domiciliare 749

6. Le *immunitates in domibus* nell'epoca feudale: le più antiche disposizioni legislative: i giuristi del sec. XIV: divieto di catturare il debitore nella propria casa — 7. I mandati di cattura: la *citatio realis* — 8. Peggioramenti verificatisi nel sec. XVII.

CAPO XVI. — I dati fondamentali del procedimento italiano..... 759

§ 1. Italianità del procedimento 759

1. Fusione e superamento delle norme romano-canoniche — 2. L'opera dei giureconsulti italiani: abbandono del formalismo materialista — 3. L'opera creativa delle scuole e dei tribunali italiani: continui perfezionamenti.

§ 2. Il principio di disposizione e l'*officium iudicis* 764

4. Il principio di disposizione delle parti secondo la dottrina — 5. Il principio: *nemo invitus ad agendum* — 6. Il dovere del giudice di supplire — 7. Influenza esercitata dal procedimento sommario — 8. La prova semipiena — 9. Le varie attribuzioni del giudice secondo la dottrina — 10. Secondo le leggi — 11. I poteri del giudice nelle cause criminali.

CAPO XVII. Il procedimento civile nel secolo XIX 779

1. L'eredità del passato: le critiche di Fabro, Muratori, Barbacovi — 2. La legislazione francese — 3. Riforme e nuovi codici nel Piemonte — 4. Nel Lombardo-Veneto — 5. In Toscana — 6. Nel ducato di Modena — 7. A Parma — 8. Nello Stato pontificio — 9. Nel regno delle due Sicilie — 10. Legislazione sarda — 11. Le Corti supreme — 12. L'arresto per debiti — 13. Il codice di procedura dell'Italia unita. Riforme necessarie.

CAPO XVIII. — Il procedimento criminale nel sec. XIX..... 791

1. Necessità di riforme: vizi del procedimento negli antichi Stati italiani — 2. La legislazione francese — 3. I codici di procedura penale posteriori al 1815 — 4. Leggi piemontesi: il Codice di Carlo Felice per la Sardegna del 1827 — 5. Leggi delle due Sicilie — 6. Appello e revisione — 7. Le Corti marziali — 8. Riforme in Sardegna — 9. Le leggi dell'Italia unita: i codici del 1865 e 1913.

Indice alfabetico della parte I 803

Indice alfabetico della parte II 806

Digitized by Google

PARTE SECONDA

DAL XIII AL XIX SECOLO

SEZIONE PRIMA

ORDINAMENTI GIUDIZIARI
E
MAGISTRATURE DALL'EPOCA COMUNALE ALL'UNITÀ ITALIANA.

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPO I.

Ordinamenti giudiziari nei Comuni e nelle Signorie dell'Italia settentrionale e centrale

§ 1. *Trasferimento della giurisdizione comitale-vescovile ai Consoli.*

1. Le vicende dell'esercizio della giustizia nei sec. XII e XIII sono collegate alla nascita del Comune, cioè alla fine dei poteri dei vescovi-conti o dei margravi, fine ottenuta bonariamente dai maggiorenti delle città, dai militi e dai vassalli minori o imposta dagli avvenimenti politici, come la lotta per le investiture, o da un nuovo senso di libertà e indipendenza. Quei cittadini che già sedevano quali *iudices* nei tribunali dei vescovi o dei conti, presto cercarono riscattarsi dalla signoria di questi ed ottenere dall'imperatore il diretto esercizio del banno civile e criminale (1): e i vescovi o rinunciarono spontaneamente (2) o infeudarono il banno giudiziario, o conservarono nominali poteri, delegando la funzione effettiva ai cittadini oppure riservandosi il diritto di giudicare

(1) A Bergamo, 1041, il vescovo non riesciva a imporre il suo tribunale e chiedeva all'imperatore la conferma dei suoi privilegi giurisdizionali: UGHELLI, IV, 444; così suona un dipl. di Enrico IV per Pisa, an. 1081: MURATORI, I, 19. A Milano in una delle tante sommosse i cittadini tolsero all'arcivescovo ogni potere giudiziario e chiesero all'imperatore di esserne essi investiti: *Galvaneus Flamma*, in MURATORI, *RISS.* XI, 657. Lo stesso chiesero quei di Savona, 1055, 1090: *Mon. h. p. Chartar.*, I, 237.

(2) Così il vescovo di Bergamo, 1064, agli abitanti di Calusco: LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, II, 673.

Digitized by Google

certi reati e cause (1) e quello di appello (2). Invece a Firenze le curie consolari sorsero *ex novo*, senza che esistessero prima istituzioni analoghe o vi fossero trasformazioni delle magistrature locali dei *boni homines* (3).

Il tribunale consolare una volta sorto, legalmente o abusivamente, funzionò sempre, anche dove non era competente in onta ai patti: donde controversie, suppliche all'imperatore, di cui dicevansi violati i diritti, reclami al papa perchè nemmeno rispettavasi il foro ecclesiastico, invocazioni ad arbitri che decidessero sui privilegi vescovili (4); nonchè tentativi di risurrezione, quando l'Impero in lotta coi Comuni lombardi cercò ripristinare il potere comitale dei vescovi e dominare così nelle città (5), punendo le ribelli col banno e colla perdita della giurisdizione.

2. Anche dopo che la pace di Costanza aveva riconosciuto ai

---

(1) Così a Parma ove il vescovo erasi riservata la giurisdizione volontaria, tutele, emancipazioni, e nelle cause di usure e matrimoni: AFFÒ, III, n. 42. E così quello di Piacenza, oltre le *pugnas iudiciarias*: an. 1162, CAMPI, *Storia eccl. di Piacenza*, II, 358.

(2) Così a Vercelli: MANDELLI, *Com. di Vercelli nel m. e.*, 1857, I, 3. A Casale il vescovo giudicava le cause maggiori, i consoli le minori; id., 179, 273. A Trento il vescovo si era riservato i reati *iniuria personae*: *Codex wangianus*, ed. KANDLER, n. 111. Quello di Gubbio si era riservato *facere iustitiam in civ. si episcopo placuerit:* FICKER, I, 258; II, 242, 320.

(3) L'equivalenza del nome di *boni homines* a cittadini eletti a rappresentare il popolo e talora investiti di attribuzioni politiche, non permette di indurre sì fatta generale trasformazione. Avvenne anzi che quando i poteri politici e griurisdizionali passarono definitivamente ai consoli, furono conservate le antiche magistrature arbitrali dei *boni homines*, ma sotto la dipendenza dei consoli, coi quali di conseguenza non si possono confondere. DAVIDSOHN, *Origine del consolato*, in *Arch. st. ital.*, IX, 1892; SANTINI, id., XVI, 1895; SCHIAPPARELLI, *Mem Accad. di Torino*, 1896; ZDEKAUER, in *Riv. ital. di scienze giur.*, XII, 1897; oltre VOLPE, *Per la storia d. giurisdiz. vescovili*, 1913; *Medioevo*, 1924; GABOTTO, *Boll. stor. subalpino*, 1903, pag. 127.

(4) Ricordiamo in proposito le liti fra il vescovo e il Comune di Vercelli e quello di Casale: CONTI, *Notizie di Casale*, I, 37; ZACCARIA, *Anecd. m. aevi*, 353. — Di simili liti vi è notizia in LAMI, *Mon. eccl. flor.*, I, 869; TIRABOSCHI, *Modena*, II, 526, an. 1353; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, app. n. 84, an. 1080; n. 123, an. 1143; n. 129, an. 1163; AFFÒ, *Parma*, II, n. 69, 76, 89; III, 49; PURICELLI, *Mon. ambros.*, n. 575, an. 1179; GIULINI, IV, 433, an. 1246; MURATORI, III, 1155, an. 1135: MANARESI, *Atti del Comune di Milano*, n. 24, 32.

(5) Così Federico I confermò al vescovo di Bergamo le regalie: LUPI, o. c., II, 1143; e a quelli di Parma: AFFÒ, III, 370; di Volterra: LAMI, I, 469; di Verona: UGHELLI, V, 855; di Lodi: VIGNATI, 115; di Cremona:

Digitized by Google

Consoli la giurisdizione *tam in causis criminalibus quam in pecuniariis* non mancarono i tentativi dei vescovi per accordarsi coi consoli e per spartirsi le funzioni giudiziarie. A Parma il vescovo voleva ingerirsi nelle tutele, nella nomina dei notai e presiedere ai duelli (1). Ancora nel 1237 il vescovo di Modena pretendeva le stesse cose e anche più (2), quello di Brescia insisteva sugli appelli (3); e a Vercelli nel 1313 si consacrava negli Statuti che *de omni sententia quae datur a potestate vel eius iudice potest appellari ab episcopo, et omnes battaliae iudicatae debent fieri per nuntios et advocatos episc. et sub eis ordinari et custodiri in ipso campo... Omne ius et potestas remansit in Episc. dare auctoritatem mancipationibus... dare tutores et curatores addere, de causis suspectis cognoscere*, ecc. (4). Bisogna non dimenticare che per privilegi imperiali in alcune città, come a Parma, i consoli dovevano essere investiti dal vescovo (5): ma trattavasi di una formalità ormai priva di valore.

Tuttavia la rinunzia da parte dei vescovi a tener tribunale non fu mai definitiva; anzi dove ebbero un foro concorrente col consolare, dove pretesero che la sentenza dei consoli fosse pronunziata in nome del console-vescovo, e i consoli fossero delegati da lui (6), *rector civitatis* (7), dove mantennero gli appelli e l'applicazione delle pene gravi (8).

La realtà non tardava a imporsi, e sebbene ancora al sec. XIII i vescovi si ornassero dei titoli di *comes* e *iudex totius civitatis episcopatus et comitatus* (9), il loro tribunale era ridotto alle cause canoniche, ed anche contestato per queste. Il popolo volle i suoi

---

STUMPF, n. 3840, 4011, 4012. E così fece Enrico VI al vescovo di Brescia: *omnem publicam functionem ipsius civitatis tam intus quam foris quae ad nostram publicam iurisdictionem pertinet*; ODORICI, *Storie bresciane*, V, 90.

(1) AFFÒ, III, n. 40, 41.

(2) TIRABOSCHI, *Mod.*, IV, n. 773.

(3) MURATORI, IV, 465.

(4) MANDELLI, II, 49; SALICE, *Ann. di Tortona*, 536.

(5) UGHELLI, II, 175.

(6) AFFÒ, III, n. 31.

(7) Così il vescovo di Ceneda si chiamava anche al sec. XIII; an. 1284: VERCI, III, n. 277.

(8) an. 1203: convenzione del vescovo di Casale coi consoli, in CONTI, *Notizie di Casale*. II, 348.

(9) Così i vescovi di Modena: TIRABOSCHI, I, 197; di Acqui: MORIONDI, n. 293; di Imola, an. 1210, 1226: UGHELLI, II, 635; e ciò mentre il Comune

Digitized by Google

consoli investiti di tutti i poteri giurisdizionali, di prima e seconda istanza. Nè a questa decadenza si salvarono le giustizie feudali e patrimoniali, che anche il Comune rurale imitò l'urbano: e dove quelle furono rispettate, fu per virtù di convenzioni nelle quali qualche cosa andò spesso perduto (1). Anche nelle loro terre feudali non conservarono i signori ecclesiastici o laici altro che la giurisdizione bassa e volontaria (2), cioè quell'*honor* e *districtus* che avevano i *milites*, i capitanei e valvassini sui loro rustici (3). Specialmente il *bannum sanguinis* fu gelosamente mantenuto dai Comuni (4). E queste transazioni, di cui sarebbe lungo l'elenco (5), ben scarsa efficacia e durata ebbero, che anche nelle signorie feudali penetravano gli agenti del Comune *pro occasione iudiciorum* a incarcerare, e traevano *famulos ad placitum* (6) o pretendevano dal signore il pagamento di parte dei placiti come per licenza di amministrare giustizia (7).

---

funzionava e il vescovo ne invocava l'aiuto armato; an. 1187: SAVIOLI, *Annali bologn.*, II, 2, pag. 153.

(1) Vedi le cessioni del vescovo di Vercelli, 1243: MANDELLI, I, pag. 90: quelle dei vescovi di Treviso, VERCI, II, 54: UGHELLI, V, 531; di Ceneda, 1190; VERCI, I, n. 39, 45; di Tortona: SALICE, *Annali di Tortona*, 1874, pag. 497; TIRABOSCHI, IV, n. 773. Il vescovo di Treviso convenne col Comune di tenere assise una volta l'anno: an. 1170, VERCI, I, n. 22, II, n. 145; V, n. 487. Altri patti fece il vescovo di Como col Comune: UGHELLI, V, 291.

(2) MANDELLI, II, 291, an. 1242.

(3) ID., I, 248; II, 53, 168; an. 1243: *Episcop. habeat honorem et districtum quos milites habent*, ecc.

(4) Il vescovo di Modena, an. 1227, ricevette dal Comune parte di giurisdizione sui suoi *famuli, servitores et familia*, ma la criminale se la riservò il Podestà: *de homicidio tantum et de sanguine gladii vel ulterius armaturae:* TIRABOSCHI, IV, n. 773. Così il Comune di Padova non riconosceva a un abbate di giudicare i reati *cum sanguine vel cum alio enormi crimine:* MITTARELLI e COSTADONI, *Ann. Camald.*, V, 230.

(5) Rinuncia dei canonici di Asti dietro compenso di metà dei banni: an. 1210, MORIONDI, n. 139; dell'abbate di Leno con riserva delle cause da definirsi con duello: ZACCARIA, *Abb. di Leno*, 175, 176; del mon. di Frassinoro: an. 1073, TIRABOSCHI, *Mod.*, III, n. 470; IV, n. 620; MURATORI, IV, 221; dei vescovi di Torino ai marchesi di Savoia: *Mon. h. p. Chart.*, I, 815; UGHELLI, IV, 635; dei vescovi di Verona ai conti di S. Bonifacio: MURATORI, I, 173; dei vescovi di Novara ai conti di Biandrate: STUMPF, *Acta imperii*, 350, 358.

(6) an. 1081, ricorso dei monaci di Monte Amiata a Enrico IV: FICKER, IV, n. 82.

(7) an. 1186: id., IV, n. 166. Su questo trapasso di poteri v. SALVIOLI, *Storia dell'immunità*, ecc., pag. 266-323, citata a pag. 127 del vol. III, parte I di questa *Storia*.

Digitized by Google

Privi di forza secolare, al punto di dover chiedere al Comune il braccio per eseguire le sentenze del foro ecclesiastico contro gli eretici (1), i vescovi, perduta la giurisdizione sulle città, la perdettero anche nelle campagne (2). E così il Comune potè sostituire al nome di *comitatus* quello di *districtus*, riguardando il giudicare quale vera manifestazione della sovranità. Entro il *districtus* non vi doveva essere che la giustizia popolare (3). Così affermavasi la nozione dello Stato quale insegnavano i dottori nelle scuole, così ripristinavasi il concetto romano della *iurisdictio*.

§ 2. *Il tribunale del Console e del Podestà.*

3. La pace di Costanza significò per l'esercizio dei poteri giurisdizionali da parte dei consoli un momento di capitale importanza, il coronamento della vittoria, raggiunta con tanti sforzi e tanta perseveranza contro l'Impero. È noto che quando l'imperatore trovavasi in Italia, egli e i suoi vicari sempre avevano diritto di tenere assisie giudiziarie, avocando a sè l'esame delle cause di una certa entità od in prima istanza od in grado di appello, esercitando in tal guisa un controllo sulle sentenze pronunziate dai giudici comunali. Orbene avvenne che i Comuni cercarono subito con ogni mezzo di ottenere dall'imperatore il riconoscimento delle sentenze pronunciate dai loro ufficiali e il diritto esclusivo in questi di decidere le questioni e punire i delitti. Nei documenti concernenti le trattative che precedettero la pace di Costanza fu inserito che *sententie a Consulibus civitatum seu locorum a rectoribus late nec appellatione vel alia legitima contradictione suspense vel si super causam appellationis vel contradictionis late fuerint, firme permaneant et ut de criminibus iam comissis criminalis accusatio non fiat* (4).

Con questo patto i Comuni miravano ad ottenere il riconosci-

---

(1) TIRABOSCHI, *Mod.*, IV, n. 773.

(2) Nelle carte di franchigie concesse ai borghifranchi è riconosciuto ai magistrati *facere rationem de contractibus, maleficiis, de scandalis*, ecc.; an. 1341: MANDELLI, II, 219; ZANETTI, *Monete e zecche intaliane*, IV, pag. 622.

(3) Così dovevano giurare i podestà: v. per Milano GIULINI, IV, 604. Residui di giustizie patrimoniali si trovano anche al sec. XV, e altre crearono i Visconti, id., V, 449, e gli Estensi p. es. al mon. di Pomposa, 1491; v. MORBIO, *Storia dei munic. ital.*, I, 95.

(4) SAVIOLI, *Annali bolognesi*, II, 2, 125.

Digitized by Google

mento delle sentenze pronunziate dai consoli o dai giudici delegati. Nell'atto poi che pose fine a queste trattative e sanzionò la pace, invece del passo citato se ne trova un altro dal quale risulta che l'imperatore si riservò l'esame in grado di appello delle sentenze pronunziate intorno a controversie il cui valore eccedesse le lire 25 bolognesi; e a tal fine, perchè le parti non fossero state costrette a recarsi in Germania, egli si obbligò a tenere nelle città lombarde e toscane un suo *missus* o *nuncius*, il quale doveva giurare di esaminare e definire le cause secondo le leggi e consuetudini locali ed entro due mesi dalla contestazione della lite (1). È lecito dubitare che ciò non rimase a lungo in vigore, perchè negli statuti di Bologna del sec. XIII come in quelli di Pistoia e di altre città non riscontrasi legge o formola che attesti di una procedura diretta a sottoporre all'esame di quel *missus* le sentenze del podestà o dei giudici del Comune. Ai *missi d. imper.* i Comuni contrastavano ogni ingerenza nell'amministrazione della giustizia (2); nè più condiscendenti erano quelli che sollecitavano conferme dei patti di Costanza, e in cambio promettevano rinviare gli appelli al tribunale imperiale (3).

4. Suprema magistratura cittadina erano i consoli, giudici nel civile e nel criminale; anzi nell'origine furono gli unici giudici: ma presto si divisero fra loro le attribuzioni, e quali furono destinati alle cause civili e quali ebbero le penali. Così fece Genova fin dal 1143, quando ai consoli del Comune fu riservato il *bannum sanguinis* assieme al comando degli eserciti e alla direzione generale degli affari pubblici, e ai consoli dei giudizi la decisione delle controversie private (4). Però anche quando uno solo sedeva in tribunale, la sentenza era pronunziata *in concordia aliorum consulum* (5), dei consoli *socii* (6). A Pistoia nel sec. XI le competenze

(1) *Pax Constantiae* (in PERTZ, IV, 175), § 12: *ut non cogantur in Alemaniam ire, sed nos habebimus proprium nuntium in civitate et episcopatu qui de ipsa appellatione cognoscat et iuret... et diffiniet secundum mores et leges illius civitatis infra duos menses.*

(2) I vicari spediti da Rodolfo imper. in Toscana furono derisi e si ritirarono senza nulla avere ottenuto: VILLANI, *Storie*, VII, 78, 112.

(3) Così fecero Lucca nel 1186, Parma e Piacenza: v. AFFÒ, II, n. 85; CAMPI, *Hist. eccl. di Piacenza*, I, pag. 561.

(4) Stat. consul. Ianuensis civ., c. 35: Breve dei consoli del placito, in CANALE, *Storia civile di Genova*, II, 315.

(5) LUPI, *Codex diplom. bergom.*, II, pag. 1198.

(6) MANARESI, *Cod. diplom. di Milano*, intr., pag. CL.

Digitized by Google

ripartivansi fra 5 consoli, cresciuti di numero nel 1283, oltre la *iurisdictio ordinaria imperialis* e oltre la facoltà del capitano di avocare a sè qualunque causa. Lo Statuto nomina poi quali delegati i *iudices civitatis, potestatis, populi, iudices causarum, maleficiorum, appellationum, super damnis, super bonis rebellium* (1). A Milano e a Pisa i *consules causarum* o *de placitis*, così detti fin dal sec. XII (2) non erano solo destinati a presiedere i tribunali, ma dividevano cogli altri consoli la somma del potere; ma presto le funzioni furono specializzate, e a quelli *iustitiae* fu delegato raccogliere testimonianze, fare decreti di aggiudicazione e più generalmente decidere le liti (3): e anche coi poteri dei *missi d. imper.* Insomma di buon'ora si ebbero i *consules de communi* (4) e quelli *de placitis* (5); i primi di dignità superiore e quindi anche con diritto di trattar cause o in tutte le materie o in quelle *non scriptae in brevi consulum* ed escluse dal loro giuramento (6). Una divisione delle competenze fu ignota alle epoche passate, donde il fatto che anche i minori giudici invadevano campi di altri, e i superiori si immischiavano in ogni affare.

Malgrado fossero istituite speciali magistrature giudiziarie, fu costume dei Comuni destinare la trattazione delle cause a persone estranee, anche non aventi qualità di giudici, però col consenso delle parti. Che se non eran giudici, allora la sentenza era sottoscritta dal console, che aveva dato il suo parere o aveva interrogato uomini sapienti (7). Era ancor in uso di fare assistere al giudizio *boni homines, boni viri* dei diversi ceti; dal che risulta che il sistema della divisione delle funzioni fra giudicanti e sentenziante, formatosi nella epoca longobardo-franca, non era stato ripudiato nel nuovo Comune, che anzi aveva conservata questa

(1) Breve, ed. ZDEKAUER, I, 85.

(2) an. 1156: GIULINI, VI, 527; VII, 122; MANARESI, *Gli atti del Comune di Milano*, n. 32, 37, 44, 57, 75, 88, ecc. Vedi AMIA, *Le sentenze pisane dal* 1139 *al* 1200, Pisa, 1922; ID., *Studi sull'ordin. giudiz. e la procedura pisana nel sec. XII*, 1922.

(3) MANARESI, n. 87, 142, 149, 226, 239, 276, 297, 299, 324, 327, 351, ecc.

(4) an. 1139, Pisa: *Mon. hist. patr. Chartar.*, II, 184.

(5) an. 1156, Milano: MANARESI, cit.; an. 1168, Lucca: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, pag. 185; an. 1187, Pavia: FICKER, IV, n. 171.

(6) Stat. consul. ianuensis civ., an. 1143, c. 24: *Mon. hist. patriae Leges*, pag. 241.

(7) V. i doc. in MANARESI, an. 1200 al 1206, n. 228, 247, 286, 353.

Digitized by Google

distribuzione delle funzioni giudiziarie tra il supremo potere investito del banno e gli *adstantes* o *iudices*, *boni homines* rappresentanti del popolo: sebbene non esistessero più quei contrasti dai quali il sistema era nato, e sebbene i consoli come preposti e delegati del Comune riunissero in sè l'ufficio degli antichi conti e il mandato dei giudici.

5. I consoli, come in seguito i giudici, dovevano, secondo alcuni statuti, recarsi due volte al giorno *in broleto pro iure reddendo* (1), ma per altri almeno una volta al giorno (2) o quattro volte per settimana (3). Anche il podestà era tenuto a sedere al *bancum iuris* per le cause che gli erano riservate (4). Le competenze vennero presto fissate sulla base del valore della lite. Il criterio era stato fissato nella pace di Costanza, cioè che per le somme superiori a 25 lire imp. fosse competente la curia imperiale quando l'imperatore era in Italia, e i giudici imperiali degli appelli quando era in Germania. A Milano furono riservati ai consoli di giustizia le cause superiori a 25 soldi, quando il convenuto abitava fuori città, e le cause superiori a 10 soldi quando abitava nella cerchia del suburbio: per le cause inferiori erano competenti i consoli delle ville e dei borghi. Spettavano ai consoli di giustizia anche le definizioni delle liti in appello, purchè la somma non oltrepassasse una data cifra. Che se il valore era superiore, volevasi che la sentenza ottenesse l'approvazione di tutti i consoli (5). La giurisdizione comprendeva la città e il distretto, i *cives* e i *forenses*, con esenzione dei chierici, in ossequio al foro ecclesiastico. Ma presto si ebbero altri fori speciali, in favore dei mercanti, dei poveri, dei militi e degli studenti, come anche si crearono giudici pei dazi, le collette. Anche essi tenevano placito, e ciascuno aveva il suo *massarius iustitiae* (6).

---

(1) Così a Como: Stat. consulum Cumanorum (*Hist. p. Monum. Leges*) c. 11 e 12: *iudices ad acantorum sedentes pro tribunali in angulo iustitiae.* ASTEGIANO, *Cod. diplom. cremonese*, 1898, II, 337. Vedi lo Stat. di Reggio, 1582, e altri riportati alla sezione II, cap. 2°, Il Tribunale.

(2) Stat. Forilivii, II, 3.

(3) Stat. et leges Curzolae (1214-1558), ed. HAENEL, pag. 247.

(4) Stat. Castri Arquati (1445-1449), 1876, pag. 80.

(5) Stat. Cons. Cuman., cit., 12.

(6) A Cremona il tribunale pei poveri esisteva già dal 1210, e quello pei militi forestieri e scolari è ricordato nello Stat. del 1313, n. 13: ASTEGIANO, l. c. Così anche a Milano: v. MANARESI, pag. XCV.

Digitized by Google

6. I consoli erano assistiti da *iudices, sapientes, legum et morum periti*, detti anche *causidici* o *consiliarii*, derivazione di quei giudici assessori dell'epoca franca; e la loro presenza era resa necessaria dall'ignoranza delle leggi già antiquate e obliate, sostituite da consuetudini. Nelle città italiane non mancavano *scholastici, grammatici, rethores*, che avevan coperto le cariche di scabini e dalle cui file uscivano i consoli, i podestà e poi gli assessori che presero una posizione importante quando sorse la carica podestarile, e l'ordinamento giudiziario si fece più complesso. Allora crebbe il numero dei giudici, distinti per competenza, e si ebbe un ordine gerarchico, presieduto dal podestà. A questo competeva l'*imperium* o *arbitrium*, paragonato dai giuristi ai poteri del rettore di provincia romana, ma vincolato all'osservanza dello statuto giurato (1). Che le popolazioni si fossero premunite contro quest'*arbitrium* è indubitato, che le cautele non mancavano nei giuramenti: per es. non poteva far *vindictam in avere et persona* se non col parere dei *consiliarii* (2) e laddove era precisata la pena: nè poteva esorbitare dalle leggi (3): ma il potere podestarile generalmente non rispettò nè leggi nè giustizia, riescendo anzi a farsi riconoscere le facoltà *de omnibus et singulis delictis et quasi, maleficiis et quasi, negociis factis commissis, ecc. sine strepitu et figura iudicii ordine iuris servato et non servato inquirere et inquisitiones facere et finire* senza alcuna assistenza e consiglio (4) e anche nei casi non previsti dallo statuto (5).

Il podestà conduceva con sè giudici e uomini di legge, perchè per lo più uomo d'armi: fra questi giudici poteva scegliere un vicario con poteri eguali o con restrizione del *bannum sanguinis* (6).

---

(1) Cfr. Breve pop. Pistorii, I, 1; e così il giuramento nel *Liber iuris civilis veronensis*, ed. CAMPAGNOLA, 1728, pag. 6 e segg.: Stat. Padova, 1236, n. 36: *in negociis super quibus generalia banna scripta plus quam scriptum est potestas non auferat nec mutet.*

(2) Stat. Pistoia, ed. BERLAN, pag. 16; Ravenna, ed. FANTUZZI, pag. 93; Padova, ed. GLORIA, n. 37; Vercelli, ed. ADRIANI, pag. 300, n. 423; Vicenza, ed. 1886, pag. 17.

(3) Stat. Siena, ed. ZDEKAUER, n. 181: *tenear non facere cartam bannorum vel penarum*, ecc.

(4) Stat. di Biella, ed. SELLA, 1904, c. 42.

(5) Stat. capitoli di Chieri, in CIBRARIO, *Storia di Chieri*, 1827, II, 15.

(6) Stat. di Piacenza, 1336, I, 3; Modena, 1327, I, 6; Bologna, 1245 al 1267, I, 5.

Digitized by Google

Accanto a lui, *vexillifer iustitiae*, stavano i giudici, quali eletti dal popolo o estratti a sorte fra gli iscritti al collegio dei giuristi o designati senza alcun requisito, quali condotti dal podestà e certo non eletti fra i più degni e da lui retribuiti (1). Tutti stavano *ad discum potestatis*. Il loro numero variava: per es. quattro a Pistoia nel 1296, a Siena cinque, ecc., oltre altri giudici, *unum de lege, alterum de usu et duos advocatos pro causis ventilandis*, tutti *oculi potestatis... in voluntaria at contentiosa iurisdictione* (2): col tempo vi furono giudici al civile, al penale, *ad maleficia, ad recuperandam pecuniam Comunis*, pei ribelli, pei banditi, pei dazi, per le cause minime, pei forestieri, i foresi, ecc. Questi giudici dei consili duravano in carica un anno: quelli del podestà ne seguivano le sorti: e tutti erano sottoposti a sindacato.

In quanto ai requisiti fu richiesta una conoscenza del diritto solo quando si ebbero scuole, e per gli statuti dovevano aver studiato leggi, possedere i libri legali, sostenere esami, appartenere a un collegio di giuristi. Però non sempre si potevano avere giudici istruiti, anche pel fatto che la posizione di giudice era instabile, poco retribuita, quindi meno ambita: onde spesso la carica era coperta da *layci, iudices consuetudinarii*. Tale difetto si verificò specialmente nell'Italia meridionale, che ebbe una magistratura di persone non addestrate al diritto, scelti per la buona riputazione (3), ma detti idioti in confronto di quelli istruiti. *Layci* cioè ignoranti del Digesto e non possessori di Azone erano generalmente quei giudici *treguani* che nelle città lombarde o nei villaggi giudicavano *pro bono et aequo* (4).

A rimediare a tale inconveniente si introdusse l'uso e talora l'obbligo di interrogare per consiglio persone competenti, *sapientes, legum doctores* (5). Veramente l'assistenza di tecnici non era mai mancata anche prima, e *legis periti* e *causidici* sedevano accanto ai giudici (6)

---

(1) Breve Pistorii, I, 8, 18, 26; Stat. di Pistoia, III, 89; ASTEGIANO, *Cod. dipl. cremon.*, 1898, II, pag. 337.

(2) *Oculus pastoralis*, dist. II, 2, in MURATORI, IV, 85.

(3) Detti *idonei* a Gaeta, an. 1109, *Cod. dipl. caietan.*, II, n. 284; *boni viri* a Palermo, an. 1140, UGHELLI, VI, 95.

(4) MURATORI, *Ant. estensi*, I, 154; Stat. di Lucca, III, 3.

(5) CHECCHINI, *Consiliarii, Istit. veneto*, LXVIII.

(6) an. 1076: RENA, *Supplem. alla serie dei duchi*, 1776, pag. 76, n. 18, 20; SAVIOLI, *Ann. bologn.*, I, 2 pag. 123, n. 73; an. 1079: MURATORI, II, 791; an. 1082: MITTARELLI, *Ann. camald.*, II, n. 164.

Digitized by Google

e *legis doctores* e *notarii* preparavano la sentenza ai consoli (1). Solo al sec. XIV si impose il *consilium sapientis* e i dottori furono chiamati a un'alta funzione nell'amministrazione della giustizia. Dei *consilia* e dei *consiliarii* trattò molto la letteratura giuridica (2), e si stabilì quando fosse necessario chiederlo, quando fosse nulla la sentenza *sine consilio*, ecc. Una volta chiesto il consiglio, il giudice non poteva procedere a nuovi atti istruttori, sollecitare prove, come non poteva chiedere consiglio *tempore ferendae sententiae*. Poteva chiedere consigli a più persone, e allora attenersi alla sentenza dei più; ed era scusato il giudice quando si rimetteva al consiglio *alicuius famosi doctoris* (3), come era esonerato dal seguirlo se lo riteneva ingiusto (4): ma se la sentenza conforme al consiglio veniva annullata o riformata, al giudice non potevasi far censura di dolo. Si faceva colpa a lui se essendo *imperitus in causis dubiis* non avesse fatto ricorso a chi poteva illuminarlo (5). Che se il *consiliarius male consuluit et imperite, tenetur de dolo et lata culpa* (6). Infine colui che era invitato a dar consiglio non potevasi rifiutare. In queste norme che poi passarono a formare la dottrina sui periti, vedesi la diffidenza verso i giudici condotti di fuori dai podestà o eletti senza garanzie e requisiti dalle signorie.

Vi era un contrasto fra le autorità e le popolazioni, in quanto quelle tendevano a confinare i giudici laici alle funzioni di conciliatori, di giudici nelle cause minori, di coadiutori in quelle *de maleficio*: e andarono perfino a vietar loro di sentenziare (7): mentre le popolazioni li preferivano e sospettavano dei dotti e

---

(1) FICKER, IV, n. 78, 84, 85. Anche i consoli chiedevano il responso a *boni viri* (FICKER, cit.), a *iudices electi* (an. 1112: MURATORI, III, 1115), a *iudices ac iurisperiti certantes ac iudicium discutientes* (GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, I, 334).

(2) DURANTIS, *Speculum, de requis. consilii*; BARTOLUS, *De consilio habendo* nelle *Quaest. et tractatus*, 1582; PACIUS SCALA; A. DE RAMPONIBUS, *De consiliis* nei *Tract. univ. iuris*, III, pag. 1; MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaest.*; DECIANUS, *Apologia pro iurisprud. qui responsa edunt*; SALVIOLI, *Consultore*, voce in *Digesto italiano*.

(3) BARTOLUS, *Dig. de re iudicata*, XLII, 1; SOCINUS, *Consilia*, vol. I, cons. 23.

(4) ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *Consilia*, n. 136, 138.

(5) INNOCENTIUS IV, in *Decretalia can. si pro debilitate*, c. 3, X I, XXIX.

(6) DURANTIS, loc. cit.

(7) Stat. di Vercelli, ed. ADRIANI, 1877, pag. 172.

Digitized by Google

delle loro cabale, tanto che in alcuni luoghi di Lombardia i dottori furono esclusi dalle funzioni giudicanti o messi in numero limitato accanto ai *probi viri* (1).

7. Il formarsi delle Signorie produsse innovazioni nell'ordinamento giudiziario. Anzitutto i Signori si arrogarono poteri assoluti, in deroga alle norme statutarie, cioè facoltà di punire *prout eis videbitur et placuerit...: sint liberi et absoluti ab omnibus capitulis et brevibus comunis et populi* (2). A Modena nel 1266 si accordò al podestà o signore di avere *arbitrium ad suam voluntatem* (3), e per queste vie i poteri giudiziari che spettavano al capitano del popolo e ad altre magistrature furono assorbiti dai podestà, divenuti ereditari, veri monarchi assoluti. Altra novità fu che essendo nelle signorie compresi territori di più Comuni, ove risiedeva il signore, si istituirono tribunali di appello, al quale erano avocate cause spettanti ad altre competenze, e ciò ad arbitrio, sebbene persistessero gli antichi privilegi che nessuno potesse essere tratto *ad alium forum extra civitatem sed a suis iudicibus iudicetur sive civiliter sive criminaliter* (4). In ogni modo si formarono in questo tempo i tribunali superiori, cioè il foro della città dominante. Le piccole comunità ricorrevano alla città sovrana per l'amministrazione della giustizia nelle cause di un certo valore, in quelle *de dampnis datis* e nelle penali importanti pena pecuniaria. Alle minori era permesso scrivere leggi e provvedere all'interna amministrazione, ma i limiti di tale libertà erano in relazione all'importanza del Comune, essendo ancora ordinariamente sancito che le disposizioni riguardanti la polizia rurale e quelle di diritto e procedura civile e penale per le cause di competenza dei magistrati locali dovessero uniformarsi allo spirito degli statuti della dominante, dichiarandosi nulle le disposizioni e istituzioni ad essi contrarie (5). Di questa limitata competenza delle comunità interiori si occuparono anche i giureconsulti del sec. XIV e XV.

---

(1) ROVELLI, *Storia di Como*, III, pag. 51.

(2) Stat. Bologna, ed. FRATI, III, p. 275, 390, 393; Pisa, I, 624 e 638: *arbitrium in omnibus maleficiis*; ASTEGIANO, *Cod. diplom. cremon.*, n. 663.

(3) Stat. di Modena, 1327, pag. 687.

(4) Stat. di Ferrara, ed. LADERCHI, I, 24.

(5) A Firenze nel 1378 esistevano ufficiali incaricati di vigilare perchè le comunità inferiori non usurpassero le competenze dei tribunali della dominante: *Capitoli del Comune di Firenze*, 1866, vol. II, pag. 178.

Digitized by Google

Nè eguale per tutte le comunità dipendenti era la situazione giuridica, non esistendo in questo periodo un regolamento omogeneo di esse col governo centrale: alcune, per es., potevano giudicare di certi reati e cause, altre non avevano competenza in materie penali [1]: sempre alla dominante erano riservati gli appelli: *appellationes in curia (perusina) sequi debent.* Il magistrato locale prima di essere investito dell'ufficio conferitogli prestava giuramento di rinviare alla curia centrale tutte le cause in appello. Così la dominante affermava il suo alto dominio; imperocchè se i castelli avessero ricorso ad altra curia per risolvere la questione di maggiore importanza, avrebbero disconosciuta la sua giurisdizione. Parimenti era vietato alle comunità rurali risolvere le vertenze che esse o i loro abitanti avessero colla città dominante.

8. I nomi dei giudici locali erano di podestà, rettori, capitani, gastaldi, merighi: e i nomi stessi mostrano come nelle loro mani si riassumessero tutti i poteri, sì amministrativi che giudiziari e di polizia. Si poteva sempre prescindere dalle loro competenze e adire direttamente al foro della dominante, tanto che *si aliquis voluerit venire ad rationem petendam* (a questo foro) *non aliquo modo debeat eis prohiberi.*

Riservate al foro superiore erano tutte le cause per pubbliche gravezze, relative a diritti fiscali, strade, molini, ecc., per le quali già eran costituiti speciali tribunali, distinti da un'insegna, per lo più presa dal regno animale, onde si aveva il tribunale del bue, del leone, dell'aquila, del cervo, del grifone. Le genti non sapevano leggere, e anche le botteghe degli artigiani non pel nome di questi ma per le insegne si conoscevano. E ciò era una necessità, dal momento che tanto si erano moltiplicati i fori che le liti dei venditori di generi alimentari, dei fornai, mugnai, lavandaie, dei conduttori di fondi, dei forestieri, degli abitanti del contado contro i cittadini, dei mercanti, dei monetieri, per il lusso delle donne, per l'usura, pei danneggiamenti, e via dicendo, dovevano essere presentate a un tribunale esclusivamente per esse competente.

E come era dei tribunali inferiori e di prima istanza, era anche di quelli di appello, dei quali più di uno esisteva, intrecciandosi anche qui le giurisdizioni con danno della giustizia. Dopo una

---

[1] *Clypeus civit. astensis Phil. Malabaylae*, 311, 743, 811; *Statuta populi et Com. Florentiae*, an. 1415, ed. 1778, lib. V, tract. 4, § 59 e 76.

Digitized by Google

sentenza ottenuta presso un foro era lecito ripresentare l'appello ad altro tribunale, e poi ancora ad un terzo, per ottenere le tre sentenze conformi; che se questo risultato non era raggiunto, era possibile ancora un quarto giudizio, il ricorso a un quarto ed ultimo foro [1].

Molti di questi ordinamenti giudiziari con tutto quello che avevano di difettoso le Signorie trasmisero alle monarchie che si fondarono sopra di esse. E i difetti erano molti e gravi: la inesistenza di norme fisse per la nomina e la professione di giudice, aggravata dalla mancanza di unità nelle leggi e nei riti procedurali, era il primo ostacolo a un regolare funzionamento. Poi il gran numero di tribunali, l'incertezza nelle competenze, l'abuso della prevenzione e del richiamo delle cause alle corti superiori, sottraendole così alla giurisdizione ordinaria, il diritto *de evocando* da parte del principe o dell'imperatore verso i signori feudali, laddove il feudo ancora esisteva, tutto questo e altro poneva la giustizia in balìa dell'arbitrio: alla quale ancora toglieva considerazione la scarsa dottrina dei giudici, accertata dall'obbligo di chieder consiglio ai dottori. L'epoca comunale travagliata dalle fazioni non ebbe dunque una giustizia buona nè serena e tanto meno misurata in materia penale, ove fu mancipa di tutti gli errori del tempo. Non diremo che di questi difetti si liberassero le magistrature nell'epoca seguente: tuttavia qualche miglioramento si raggiunse, e maggior dignità le circondò, quando e dove riescirono a costituirsi in corpo, all'esempio delle straniere.

---

[1] an. 1508: *Si vero non fuerint tres sententiae conformes, tunc appellari possit ad gubernatorem qui debeat ipsam causam terminari per viam consilii sapientis, donec pars obtinuerit tres sententias conformes et tunc ulterius appellari non possit.* FANTUZZI, V, 89.

Digitized by Google

CAPO II.

Gli ordinamenti giudiziari dell'Italia meridionale sotto i Normanni e gli Svevi

TOPPI, *De origine tribunalium neapolitan.*, 1651; GRIMALDI, *Storia delle leggi e dei magistrati del regno di Napoli*, vol. 12; PECCHIA, *Storia civile del regno di Napoli, Storia della Magna Curia*; GREGORIO ROSARIO, *Considerazioni sopra la storia di Sicilia*, in *Opere scelte*, Palermo, 1853; AMARI, *Storia dei Musulmani di Sicilia*, Firenze, 1854; FERRAROTTO, *Della preminenza dell'Ufficio di Straticò nella nobile città di Messina e sua regia corte*, 1594; GENUARDI, *L'ordinamento giudiziario in Sicilia sotto la monarchia normanna e sveva dal* 1072 *al* 1231, nel *Circolo giuridico*, XXXV, 1905; LAMANTIA, *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia*, vol. 3, Palermo, 1859-74; TESTA, *Dei magistrati siciliani*, nei *Capitula regni Siciliae*, Palermo, 1743, e in CAPOZZO, *Memorie sulla Sicilia*, Palermo, 1840; CAPOZZO, *Le leggi e governi di Sicilia dall'epoca normanna sino a noi*, vol. 2, Palermo, 1842.

1. I Normanni che fondarono in Sicilia e nel Napoletano una monarchia militare, riguardavano il re come capo dell'amministrazione giudiziaria e a lui riservavano le cause dei baroni e dei vescovi, e quelle di fellonia e lesa maestà (1). Il re presiedeva una curia composta di *magistri iustitiarii*, che dovevano illuminarlo sui punti di diritto (2), curia che poi ebbe a capo il G. Giustiziere,

(1) an. 1098, a Squillace, sentenza di Ruggero: *R. Arch. neapol. monum.*, V, 245; an. 1110, a Messina, sentenza della contessa Adelaide: KEHR, *Urkunden d. normann. sicil. Koenige*, 1902, pag. 413; CUSA, *Diplomi greci e arabi di Sicilia*, 306, 471.

(2) STARABBA, *Tabularium eccles. Messanae*, pag. 12. La M. Curia, secondo TUTINI (*Discorsi dei sette offici ovvero dei sette grandi del Regno di Napoli*), GREGORIO (*Opere edite e inedite*) e MINIERI RICCI (*Dei grandi uffi-*

Digitized by Google

investito della giurisdizione criminale, appartenendo quella civile al Gran Camerario, come quella sulle milizie al G. Ammiraglio e quella ecclesiastica e feudale al G. Cancelliere. Ma sotto Federico II il Gran Giustiziere ebbe preminenza sulle altre cariche, fu il supremo magistrato, il protettore delle vedove, dei poveri, delle chiese, presidente del *Concistorium* o Gran Curia (1) ove si trattavano le cause delle baronie, degli appelli dai giustizierati provinciali e quelle delegate dal re. Ebbe così un'autorità effettiva, e sedeva alla destra del re. Ogni anno doveva visitare città e distretti per correggere gli abusi, e colla sua presenza cessavano di funzionare i giustizieri locali, erigendo corte di giustizia ove si fermava: assumeva come giudici sia i giustizieri o i reggitori di provincia o i giudici ai contratti. Tanta autorità si spiega coll'intendimento degli Svevi di reprimere le guerre private e la conseguente anarchia e con quello di ordinare stabilmente l'amministrazione della giustizia, che doveva metter capo a unico funzionario.

Nelle provincie erano istituiti magistrati di nomina regia, scelti fra i *milites* e i *boni viri*, detti *iustitiarii* e anche *iudices regales*, *ducales* e nei paesi grecanici *critai* e *baiuli* (2). Avevano il misto e mero imperio e la facoltà di apporre alle sentenze il sigillo regio (3); e la loro competenza riguardava i *latrocinia*, *fracturae domorum*, *insultus viarum*, *vis mulieribus*, *homicidia*, *incendia* (4). Presiedevano ai duelli, facevano le *inquisitiones*, catturavano i rei, eseguivano le sentenze. Avevano alla loro dipendenza un assessore. Alle popolazioni greche e musulmane destinavano magistrature speciali; così i nuclei greci di Messina ebbero lo stratigoto con dignità e funzioni pari ai giudici destinati ai latini, e i musulmani ebbero i *cadi* nelle città, gli *hakim* o *amil* nei villaggi, probabilmente eletti dal popolo come gli stratigoti (5). I *catapani* di

---

ciali del R. di Sicilia) fu creata nel 1140. Ma BESTA (*Liber de regno Siciliae* nella Miscellanea dedicata a Salinas) dubita che questi uffici siano stati istituiti tutti assieme.

(1) *Codice diplom. barese*, I, 72.

(2) 1094, 1104, 1133: PIRRI, *Sicilia sacra*, II, 771, 772, 619; per le Puglie, an. 1097, 1113: UGHELLI, I, 924; VIII, 129.

(3) *Cod. dipl. barese*, V, n. 3, 13, 96; CUSA, *Dipl. greci e arabi di Sicilia*, 1868, 313, 423, 431.

(4) Assise Cassin., 36; Const. r. Sic., I, 44. GREGORIO, pag. 23; GARUFI, *Sulla corte stratigoziale di Messina al tempo normanno e svevo*, in *Arch. stor. messinese*, 1904.

(5) AMARI, I, 405.

Digitized by Google

origine greca conservarono alcune attribuzioni giudiziarie, ma poi divennero i sorveglianti dell'annona (1), e i *forestarii* furono istituiti per risolvere le questioni attinenti alle foreste e alle regalie che il sovrano esercitava nei boschi (2). Il re e il G. Cancelliere sedevano in tribunale circondati dai baroni; i *baiuli* dai *boni homines*: per le cause feudali vi era la curia dei pari (3). Tale era l'ordinamento che i primi re normanni istituirono, che Federico II perfezionò e che in parte conservarono le successive monarchie fino ai tempi moderni.

2. Federico disciplinò specialmente le competenze. Ai giustizieri provinciali affidò le cause punibili con pene corporali (*Const. r. Siciliae*, I, 44), le feudali in prima istanza (I, 55), quelle non esaurite dai baiuli entro due mesi (I, 63), quelle tra fisco e privati: li autorizzò nelle periodiche visite alle provincie (donde il nome di *errantes* o *itinerantes*) a colpire i ladroni delle strade con giudizio sommario, *ad modum belli*, e di castigare i rissosi e giocatori inviandoli *ad opus publicum*. Ma nelle altre cause dovevano lasciar tempo a difendersi e licenza ad appellare. Era imposto sceglierli fra uomini *devoti*, non *oriundi de provinciis*, non possessori di beni ove era il loro ufficio che era gratuito, non potendo ricevere di *esculentum* o *poculentum* che quello da consumarsi entro tre giorni (I, 44, 54, 62). La monarchia normanno-sveva volle che questi giustizieri fossero nominati dal re, che non potessero trasmettere la facoltà di cui erano investiti, restando così escluse le giurisdizioni feudali e patrimoniali e anzi punendo di morte chi le esercitava arbitrariamente, chi attentava al mero imperio (I, 58), e minacciando di *desolationem perpetuam* le Università che si arrogavano di eleggere magistrati pel civile e il criminale (I, 50),

---

(1) CICCAGLIONE, *La legislazione economica e finanziaria e di polizia nei Municipii d ll'Italia meridionale*, in *Filangieri*, XI, pag. 555; GARUFI, *La giurisdizione annonaria municipale nei secoli XIII e XIV, L'acatapania e le mete*, in *Archivio storico siciliano*, nuova serie, XXIII, pag. 131; BRUGI *Catapano*, in Digesto ital.; GENUARDI, pag. 19.

(2) CUSA, *Diplomi greci e arabi*, pag. 309, 406, 312.

(3) an. 1114, sentenza di Ruggiero: *cum archiepiscopis... comitibus, ecc. hoc regale scriptum fieri decrevimus ad concordiae inditium et inviolabile firmamentum duo privilegia scribi e nostra bulla insigniri precipimus*, uno pel vescovo, l'altro per l'abate; GALLO, *Cod. dipl. di Aversa*, n. 51. Il G. Giustiziere menzionava nelle sentenze la sua qualità di giudice delegato: id., n. 70.

Digitized by Google

perchè amministrare la giustizia apparteneva a quei diritti *quae ad speciale decus et merum imperium celsitudinis nostrae spectare noscuntur* (I, 49).

Anche alta giurisdizione avevano i *camerarii*, competenti in tutte le cause civili, purchè non feudali, di seconda istanza, perchè la prima competeva ai baiuli (I, 60); anche essi tenuti a visitare le provincie, rivedere i processi, deporre funzionari, senza attendere banno dal sindacato (I, 74): erano giudici di appello dalle corti baiulari (I, 60), giudici nelle cause tra fisco e privati, ed essi erano gli ispettori fiscali sui beni demaniali concessi in locazione, sui tributi, sui tesori, le eredità vacanti, ecc. Anche essi erano assistiti da giudici, da baroni e militi [1]. Non potevano essere originari della provincia, nè avervi parenti o beni (I, 51), nè ricever doni sotto pena di essere trattati come ladroni manifesti (I, 54). Ogni giorno dovevano sedere in curia da mane a sera *praeter necessarias horas comestionis et somni* (I, 52, 75). Era reo di lesa maestà chi li ingiuriava, ma eran puniti severamente se vendevan giustizia o se per denaro condannavano innocenti (I, 32, 36, 94; III, 46).

Ai baiuli spettava la bassa giustizia criminale, cioè i reati punibili con pena pecuniaria, e nei civili nominare tutori (I, 65), conoscere dei danni, decidere sullo stato delle persone, tutelare il possesso, ecc. E ancora vigilare sui mercati, bandire le foreste, esigere le multe, ingiungere mandato di non offendere, perseguire i contumaci, ecc. (I, 66, 72, 93, 78, 84). Anche essi eran di nomina regia, ma spesso ai baroni e ai vescovi fu concesso nominarli, con diritto di far propri i proventi del *banchum iustitiae*. Però sentenziavano in nome del re [1].

La Magna Curia presieduta dal re o dal G. Giustiziere e composta dai grandi ufficiali del regno era un corpo politico e anche giudiziario, specialmente in materia di appelli (I, 43) e nei casi di denegata giustizia (I, 38). In questa funzione il G. Giustiziere acquistò grande importanza, e la sua curia divenne il supremo tribunale del regno, risolveva i ricorsi inviati per giustizia e per grazia, puniva le mancanze dei giudici, trattava le cause delle vedove, orfani, persone privilegiate, dei baroni, delle università (I, 40). Dove non vi era accusa procedeva per inquisizione. Dal

---

[1] an. 1158: GALLO, *Cod. di Aversa*, n. 71.

Digitized by Google

suo tribunale era dato ricorrere alla Curia regia. Tutte le terre erano sottoposte alla di lui giurisdizione. La sua sede era Palermo; ma ovunque si recava, tacevano tutti i poteri *ut puta minori lumine per luminare maius superveniens obscurato* (I, 42). Sotto Federico II fu istituita anche per Napoli una Curia Magna ed il G. Giustiziere doveva ogni anno convocare una riunione giudiziaria a Cosenza per le Calabrie, a Sulmona per gli Abruzzi, a Gravina per le Puglie, Capitanata e Basilicata, a Salerno per le altre provincie, riunione a cui oltre i grandi intervenivano quattro deputati per ogni città, due per ogni villaggio: in essa denunziavansi i sospetti di eresia, presentavansi le accuse, facevansi le inquisizioni così la generale come la speciale.

Tutti questi funzionari erano assistiti da giudici *idonei*, cioè conoscitori del diritto, non autorizzati ad alcun atto giudiziale, senza ordine del presidente del tribunale, eccetto che ad applicare la tortura. Anche quando il popolo li designava, dovevano essere approvati dal sovrano: donde il nome di *iudices regales* (1).

3. Come tribunali speciali le Costituzioni di Federico II ricordano il *conpalatium Neapolis et straticotos Salerni, scilicet et Messanae quibus cognoscere licet de criminibus de speciali et antiqua praerogativa et Regni nostri observatione dignoscitur concessum* (I, 72). Quello di Napoli era la curia antica municipale il cui funzionario è chiamato da Cassiodoro col titolo di conte palatino (VII, 26), il quale assistito dai curiali amministrava anche la giustizia. Questo tribunale detto *Curia comitis palatii* e per idiotismo *Curia compalatii*, continuò anche nell'epoca normanna, come continuò quello stratigotale a Salerno e a Messina, quale privilegio speciale, competenti nelle cause criminali, ma col carattere di tribunale pubblico, eguale a quello che i baiuli o i giustizieri presiedevano nelle altre città del regno. Infatti nel diploma che Ruggiero accordò ai Messinesi, la cui città è chiamata *regni caput*, era istituita una *regia curia principalis* presieduta dagli annuali stratigoti con giudici greci e latini cittadini e abitatori di Messina competenti *de civilibus quam de criminalibus*

(1) Nelle città e terre demaniali l'elezione del baiulo apparteneva al camerario, che lo nominava *in extalium seu gabellam* ovvero *in credentiam*, cioè o ad affitto esigendone una certa annua somma o in economia per conto del sovrano; e su ciò fu stabilito che l'amministrazione della giustizia doveva essere gratuita e il baiulo salariato dal principe (I, 60, 62, 74).

Digitized by Google

magnis et parvis publicis et privatis, praeter si regni status praeversio tractetur. Lo stratigoto *de se vel eius arbitrio nihil exequatur*, ma sempre proceda col consiglio dei giudici, delle cui sentenze sarà l'esecutore: *quae curia praesit omnibus et singulis civitatibus* da Leontini a Patti, cosicchè nessun regio ufficiale possa procedere contro abitanti in questi territori; e seguono altri privilegi fra cui l'istituzione di un tribunale consolare mercantile (1).

Sotto Federico II questi tribunali, i cui giudici dovevano essere dal sovrano approvati, furono sottoposti alla giurisdizione del Gran Giustiziere, e per gli appelli ai suoi magistrati di provincia; e sotto gli Angioini divennero curie baiulari come le altre del regno, cioè ristrette alle cause civili: solo la curia stratigotale di Salerno ritenne la giurisdizione criminale. E quando la competenza dei baiuli si ridusse alle cause minime, anche questi tribunali di nome così pomposo ne divisero le sorti.

4. Da questa esposizione risulta come il governo normanno-svevo istituì nei suoi dominii una regolare amministrazione della giustizia, essendo il primo in Italia a disporre magistrature ordinate in modo gerarchico, dovendo tutti i tribunali porre capo a una curia superiore competente per gli appelli (I, 38, 61) ed essendo tutti i funzionari sottoposti al sindacato del *magister iustitiarius* o Gran Giustiziere (I, 42). Il legislatore ebbe in vista di evitare l'*officiorum periculosa confusio* (I, 61), e perciò divise le competenze; e segnatamente ridusse quella dei baiuli (I, 65, 95) per non porre la giustizia nelle mani dei baroni. Così buon provvedimento fu quello di volere assessori accanto ai giudici (I, 51, 95), di vietare ai giustizieri farsi sostituire (I, 59) e ai provinciali di essere presidi, uditori e avere cariche di giustizia nelle loro provincie (I, 51). Le cause dovevano decidersi entro tre mesi (I, 52); ai poveri doveva darsi l'avvocato (I, 34); le vedove, i pupilli, gli infermi, coloro che *alicuius potentiam perhorrescunt* potevan ricorrerere alla Gran Corte (I, 38), concetto ispirato al Concistoro romano: tutte buone disposizioni infirmate dalla annualità dei giudici (I, 95). Va rilevato l'intendimento di Federico II di riservare allo Stato, come sua funzione, l'amministrazione della giustizia, sottraendola ai baroni; il che non fu osservato dalle successive monarchie.

---

(1) PECCHIA, I, pag. 320.

Digitized by Google

CAPO III.

Ordinamenti giudiziari dal sec. XV al XVIII

1. Le monarchie nazionali o straniere non apportarono notevoli innovazioni nella giustizia: solo meglio stabilirono le gerarchie in riguardo alle revisioni e agli appelli, donde l'istituzione di curie supreme e senati, con attribuzioni di prime e seconde istanze e di decisione nei conflitti. Ma i poteri restarono confusi; restò l'ingerenza dell'autorità politica negli affari della giustizia, con danno dell'indipendenza dei giudici, nominati di anno in anno (1) e senza guarentigie, ma anche senza richiesta di requisiti di capacità. Vero è che in Italia la venalità degli uffici fu eccezione (2); ma la poca considerazione in cui era tenuta la magistratura e le scarse retribuzioni non sollecitavano i migliori a concorrere. Un progresso si era raggiunto in confronto dei giudici podestarili, trattati come gente della *famiglia* del podestà, perchè dopo il sec. XV furono considerati come pubblici funzionari, pagati sul bilancio dello Stato, ma con sì poco rispetto della carica che si lasciò loro facoltà di esigere dai litiganti sportule e compensi (a Napoli il diritto della *candela*), creando una situazione di sospetto di vendere le sentenze. Sembra che le concussioni, le baratterie, la disonestà di tutti gli ufficiali pubblici, compresi i magistrati, fosse una delle maggiori sventure dell'epoche trascorse (3). Uno scrittore del sec. XVI confessa che i giudici erano corrotti, che della giustizia facevasi palese mercato, che i prin-

(1) Stat. di Novara, 1573, II, pag. 44.

(2) Ciò avveniva in Sardegna (an. 1561, pragm. VIII, 6, in *Leyes y pragm. de Sardena*, ed. VICO) e forse a Napoli desumendolo da pragm. 1593, II, de offic., ordinante di non vendere l'ufficio di procuratore fiscale.

(3) *Del no per li denari vi si fa ita*: DANTE, *Infer.*, XXI, 42.

Digitized by Google

cipi ristavansi dal punirli per non render palese, col pubblicarne gli atti scellerati, la poca ponderazione nello sceglierli: e tenendo a vile tali ufficiali, si togliesse fiducia alle sentenze (1). Anche al sec. XVIII il Galanti per Napoli scriveva: « l'innocenza si deve comperare e sull'impunità si traffica » (2), e questa vergogna era dovuta alle indecorose retribuzioni assegnate ai magistrati. È un sintomo molto significativo la raccomandazione che gli scrittori dei doveri dei principi fanno: « quelli administrano iustitia se volino stipendiare et pagare ma per niente consentire hagiano de prendere cosa alcuna de litigante » (3).

La giustizia non era eguale per tutti; ai nobili, al clero eran riservati privilegi procedurali: e ancora consigli ai principi: « la iustitia vada così per lo poviro che nè dinaro nè fagore non la impedisca » (4). Il non abbiente portava il suo marchio anche nei tribunali. In quanto ai forestieri si scriveva nel sec. XV « in pochi lochi se usa de fare iustitia ai forestieri » (5).

I mali erano in tutti gli ordini, dai giudici ai cancellieri; e anche questi vengono sinistramente segnalati. Peste dei tribunali erano gli scrivani, ufficiali subalterni, ma incaricati di rubricare i processi, cioè della base procedurale, e di stendere le sentenze. I giudici locali erano nominati senza pretendere alcun requisito, e nell'Italia meridionale si chiamavano *idioti* appunto perchè ignoranti, e i baroni ne affittavano il posto a persone analfabete. Questo ancora si praticava alla fine del secolo XVIII.

A questi mali si aggiunga il disordine proveniente dalla facoltà che i sovrani eransi attribuita, di cassar sentenze o riformarle, di sostituire un giudicato all'altro, di mutare le competenze; perchè

---

(1) CLAUDIO TOLOMEI, *Lettere*, IV, 1. In quegli insipidi trattati della così detta scienza politica diretti ai principi è loro raccomandato punire i giudici corrotti; doveva questo male essere comune specialmente laddove erano le cariche venali; vedi OTTAVIO SAMMARCO, *Delle mutazioni dei regni*, c. 4 e 5 (dell'odio dei sudditi, del dispregio dei principi), Napoli, 1628.

(2) La venalità, l'ignoranza, la corruzione nei tribunali erano comuni a tutte le regioni d'Italia; così a Venezia nel sec. XVIII: v. le *Memorie apologetiche* di G. ANDREA SPADA, pag. 44-48.

(3) DIOMEDE CARAFA, *I doveri del Principe*, ed. PERSICO 1899, pag. 298 Alle Quarantie tutto si vendeva: le parti dovevano provvedere a supplire alle modiche paghe dei giudici.

(4) Id. pag. 276.

(5) Id. pag. 280.

Digitized by Google

come in nome dell'assolutismo essi potevano cambiar l'ordine delle successioni, annullare i testamenti, sostituire le loro volontà alle altrui, così tutto era loro lecito sovvertire nell'amministrazione della giustizia (1).

Alla vigilia della Rivoluzione francese vi erano ancora Stati in Italia in cui molti dei vizi inerenti agli ordini politici inquinavano l'amministrazione della giustizia: Così a Venezia, per es., ove non era avvenuta alcuna separazione fra quelli e questa. Infatti quella Serenissima repubblica, che, secondo Carlo Botta, realizzò « il più sapiente governo del mondo » aveva affidato a un corpo essenzialmente politico, anzi fulcro di despotismo, quali gli Inquisitori di stato, l'esercizio di tenebrose e terribili potestà giudiziarie, che si annunziavano senza segni esteriori. I mandati erano emessi nel nome di altre magistrature: gli imputati erano completamente segregati, indifesi, non abilitati a produrre testi, relegati senza giudizio, avvelenati, uccisi nel segreto del carcere (2). La ragione di Stato non prevaleva però con tanta durezza negli altri paesi d'Italia, nè si macchiava di tali eccessi.

Il movimento di idee che determinava riforme nel diritto penale, tendeva anche a liberare la procedura civile e penale da pratiche e formule senza significato e renderla almeno nota a tutti coll'abbandono della lingua latina. Era questo un progresso.

Beccaria, Filangeri, Mario Pagano ne sono stati i propulsori.

In Toscana spirava un vento di riforme in questo campo, e la Lombardia di Maria Teresa e di Giuseppe II migliorò nei suoi ordinamenti giudiziari e procedurali. Il Piemonte non restò indietro: gli Stati pontifici più ligi al diritto romano-canonico avevano sempre avuto una buona giustizia e una procedura più corretta. Al sec. XVIII anche le curie di Napoli avevano accolto non poche novità nel rito. Ma questi miglioramenti erano all'esterno, perchè una tabe costituzionale corrompeva la giustizia, cioè il proposito dei governi di tenerla come strumento di dominazione e di abbassare le Magistrature al servizio delle loro polizie: proposito seguito dai governi della Ristaurazione, dal 1815 al 1860.

Da ciò si possono valutare le conquiste della nostra unificazione che sono riassunte dallo Stato moderno.

---

(1) Così a Roma, nei Ducati, ecc.; SILVAGNI, II, 318.

(2) ROMANIN, *Storia document. d. Rep. di Venezia*, VIII, 344; TENTORI, *Raccolta di doc. sulla Rep. di Venezia*, I, p. 45.

Digitized by Google

§ 1. *Il Piemonte* (1).

2. Nei territori dei duchi di Savoia verso il mille l'amministrazione della giustizia era retta dal vicario nei comuni dipendenti dal conte, e nei feudi minori dal giudice da questo nominato. Persisteva ancora l'ordinamento giudiziario carolingio coi placiti tenuti tre volte all'anno, dopo Natale, Pasqua e dopo la festa di S. Giovanni, placiti che poi si convertirono nei parlamenti e che in Savoia ebbero il nome di *Auditorium generale*. Le controversie feudali eran decise dai pari: se il signore comune dei pari presiedeva il giudizio, il tribunale dicevasi *curia*, e *giudizio dei pari* se la lite era fra signore e vassallo. Riforme giudiziarie ebbero inizio nella seconda metà del sec. XIII, quando Pietro II istituì nei baliati, in cui aveva diviso il paese, giudici e commissari per gli appelli, salvo ricorso al principe in ultimo grado, e quando per le terre del Piemonte deputò un siniscalco o vicario generale, che aveva sotto di sè due giudici maggiori detti delle appellazioni e nelle città vicari con due giudici per le liti. In seguito anche il Piemonte fu diviso in bailati e ad ogni bailato fu preposto un giudice maggiore o vicario per le cause civili e criminali e coll'appello dalle sentenze dei castellani o giudici delle terre minori. Egli doveva tenere le assisie almeno quattro volte all'anno: i giudizi criminali si terminavano dopo spirato il termine per le difese. L'autorità dei vicari scemò quando furono istituiti i giudizi generali per le appellazioni. In Val d'Aosta in virtù di privilegi l'appello era rivolto alla *Cour des connaissances*, che non aveva sede stabile, composta di 18 giudici: ma ogni sessennio tenevansi le assisie generali presiedute dal sovrano o da un suo vicario che rendeva ragione a tutti sì nel civile che nel criminale. Nel 1326 il conte di Savoia si attribuì anche in Val d'Aosta il diritto di sedere *pro tribunali* quando voleva sentenziare anche senza l'intervento dei pari. Nel 1339 lo stesso conte istituì a Chambery un tribunale supremo di appello, donde originò il Consiglio di

(1) DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, 2 vol., 1881-87; CIBRARIO, *Origine e progresso delle istituzioni della Monarchia di Savoia*, 2 vol., 1854-55; DAL POZZO, *Assemblées nationales de la Savoye et du Piemont*, 1829; SCLOPIS, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte* 1833.

Digitized by Google

giustizia di Savoia detto poi Senato, composto di giudici, di un avvocato e di un procuratore fiscale generale, incaricato di giudicare gli appelli civili e criminali e le cause in prima istanza dei baroni e vassalli. Nello stesso tempo, seguendo l'esempio francese dei parlamenti di Tolosa, Grenoble, ecc., riformò l'*Auditorium generale* e ne fece un parlamento generale giudiziario, presieduto dal sovrano coll'assistenza di due o più giurisperiti stranieri e con competenza *adversus magnatos et alios qui facile conveniri non possunt*: materia questa regolata nel 1430 da Amedeo VIII, che riordinò l'amministrazione della giustizia.

Nelle città aventi statuto proprio, come Torino, Pinerolo, Moncalieri, i giudici erano eletti dal Consiglio municipale e gli appelli erano deferiti a giudici estranei alla città. La denunzia dei delitti era affidata ai decani; la sentenza si pronunciava in pubblico entro tre mesi dall'accusa: trascorso questo termine, coloro che non erano stati giudicati si intendevano assolti.

Nei territori feudali il barone doveva nominare il giudice castellano, dalla cui sentenza appellavasi al giudice generale del Piemonte e da questo al principe.

Nel 1430 per opera di Amedeo VIII fu riordinata l'amministrazione della giustizia colla istituzione della Suprema generale Udienza (1), cui eran riservate le cause del patrimonio ducale, dei baroni, banderesi e altri nobili potenti, non che le grandi contese fra Comuni e Comuni o fra le Corporazioni di città; le cause dei poveri quando avevano avversari potenti e dei servitori del duca; quelle infine che dopo di aver percorso tutti i gradi di appello inferiore venivano recate al Consiglio residente presso il duca. Dalle sentenze dell'Udienza non si ammetteva che la supplicazione al principe.

D'allora poche differenze esistettero fra gli ordinamenti giudiziari di Piemonte e di Savoia, avendo ogni città un giudice ordinario, a cui appellavasi dalle sentenze dei giudici dei luoghi minori. In ogni tribunale eravi un procuratore fiscale. I giudici erano assistiti da persone del luogo informate delle consuetudini, *procureurs et practiciens fameux reçus aux connoissances par leur prodhomie, sçavoir et experience* (2).

---

(1) *Decreta Sabaudiae ducalia tam vetera quam nova*, ediz. 1530.
(2) *Coûtumes générales du duché d'Aoste*, I, 7, 1684.

Digitized by Google

3. Corti di appello erano, oltre il Consiglio di Ciamberì e di Torino, la Corte delle cognizioni pel ducato di Aosta e da questa l'Udienza generale di Aosta. Sotto Emanuele Filiberto furono istituiti per le città più importanti nuovi magistrati col titolo di *Prefetto* col diritto di emettere le preparatorie e definitive sentenze in tutte le cause criminali. Cotesto ordinamento giudiziario delle Prefetture durò sino al 1822. Furono nel 1561 pubblicati gli *Ordini nuovi* (1) che affidarono ai giudici ordinari la trattazione delle cause civili, con appello ai prefetti e ai Senati e limitarono la competenza dei giudici dei castellani alle cause di mercedi e confini e alla istruzione delle cause criminali, catturando i rei. I giudici ordinari visitavano le terre del loro distretto una volta l'anno e vi tenevano assisie sentenziando dei reati e decidendo seduta stante con breve verbale le cause civili, e per queste al tempo delle visite occorreva citazione formale (2).

Dalle sentenze dei podestà od altri giudici ordinari di prima cognizione si appellava al Prefetto della provincia, salvo per le terre in cui i feudatari avessero la prima appellazione. Da questi e dal Prefetto si appellava al Senato: da ciò nacque il sistema della terza istanza. Le cause di piccolo valore erano inappellabili. I castellani cioè giudici feudali, che non fossero togati, erano obbligati di assumere consiglio da un dottore. Non si poteva appellare dalle sentenze del Senato e della Camera dei conti: solo si poteva ricorrere al duca per ottenere la revisione che spettava, come l'appello per supplicazione, al consiglio del Duca o al Senato. Altra innovazione degli *Ordini nuovi* riguardò la determinazione delle competenze, abolendosi i privilegi che alcuni ceti godevano e stabilendosi che tutti fossero sottoposti ai tribunali ordinari. Non vi erano magistrature speciali per la cause criminali, salvo la presenza di un procuratore fiscale cui spettava l'appello dalle sentenze dei giudici inferiori al Senato, quando gli imputati di delitti punibili con pena di morte, mutilazione, fustigazione o altra pena corporale fossero stati assolti. Era libero ad ognuno di appellare per gradi oppure di adire il Senato per terminar più prontamente il processo, salvo che si trattasse di sudditi di

(1) Legge di Emanuele Filiberto, 3 aprile 1560, 19 nov. 1583 e 3 marzo 1587; di Carlo Emanuele II, 1 agosto 1661.

(2) Così per le leggi di Amedeo VIII e di Carlo Emanuele II, 1 agosto 1662.

Digitized by Google

feudatari che avessero la seconda cognizione. Al Senato era fatta facoltà di ritenersi la cognizione delle cause criminali di delitti pubblici meritevoli di pena corporale o pecuniaria grave, commessi nelle terre immediate, ad eccezione di quelle terre che avessero privilegio in contrario.

Molte disposizioni furono emanate intorno all'autorità del Senato, che però non poteva avocare cause vertenti presso altri tribunali. Il Senato era diviso in classi che si riunivano per decidere le cause di Stato. Grandemente riputata era la carica di Senatore (1).

Nel 1570 fu istituito un Consiglio criminale per le suppliche di grazie, salvocondotti, accordi, composizioni, con facoltà di ritrarre le cause dei tribunali inferiori al Senato; e nel 1577 a questo Consiglio fu attribuito l'ultimo appello. In quel tempo fu istituito uno speciale tribunale con giurisdizione sugli oziosi e i vagabondi, in luogo dell'antico Podestà dei ribaldi, presieduto dal *Cavaliere di virtù e polizia.*

Altri tribunali erano: quello del *Magistrato generale di sanità*, del *Vicario* di polizia con cognizione delle cause riflettenti le mercedi dei giornalieri; il *Conservatore agli studi* per quelle civili e criminali degli studenti universitari; il Magistrato delle acque; quello delle biade, che divenne poi dell'abbondanza e dell'annona; il Conservatore dei mercanti; la Delegazione pei contratti usurari; il Conservatore delle zecche colla cognizione delle cause relative alla moneta. Anche agli Ebrei fu riconosciuto il diritto di essere giudicati da tribunale speciale che non era il rabbino, ma un ecclesiastico o un senatore giurista, oppure di eleggersi arbitri, le sentenze dei quali erano esecutive e sottoposte alle sanzioni religiose che poteva stabilire il rabbino secondo i riti e le leggi ebraiche.

4. Un riordinamento si ebbe sotto Emanuele Filiberto, che creò il Consolato di mare a Nizza, sull'esempio di quello di Genova, diede nuove norme alla Corte dei conti, avocando ad essa le cause delle strade, molini, farmacie. Sotto Carlo Emanuele I si moltiplicarono i tribunali eccezionali al punto che non vi era ceto, mestiere, cosa che non avesse foro proprio: si ebbero i giudici degli osti, sarti, orefici, ciabattini, setaioli, tipografi, fabbri-

(1) Decreto di Carlo III, 10 dic. 1513; di Carlo Emanuele II, 1660; di Vittorio Amedeo I, 22 dic. 1632.

Digitized by Google

canti di carte e tarocchi: conservatori alle miniere, alla caccia, strade, acque, ponti, gabella del vino, pesi e misure, insinuazione dei testamenti, ecc. E inoltre l'auditore di guerra per le cause dei militari e quelle nascenti dagli alloggi, viveri e prestazioni belliche, il conservatore dell'Albergo della virtù, i delegati alle armi gentilizie, ai censi bollari, alle fabbriche, il consiglio cavalleresco pei delitti di sfida e duelli. Al principio del sec. XVII si contavano in Piemonte oltre 50 giurisdizioni ordinarie e straordinarie, il cui funzionamento dipendeva dal beneplacito del principe, che poteva avocare a sè le cause o sopragiudicare alle sentenze già pronunciate. In quel secolo si introdusse il sistema della venalità degli uffici e della ereditarietà: e si lamentò l'ignoranza e la servilità dei giudici.

5. Riforme furono iniziate coll'Editto 14 genn. 1701. Delle tante giurisdizioni furono conservate quelle delle gabelle, degli Ebrei, delle materie fiscali, dei reati attinenti alla leva delle milizie: ma alcune di queste furono soppresse nel 1723, colle nuove « Leggi e Costituzioni ». In queste magistratura suprema fu il Senato, e nelle provincie e città i prefetti, i castellani e i baili, distinti in togati cioè laureati, e non togati e perciò competenti solo nelle cause di modico valore che decidevano senza scritture e per mezzo del giuramento; ma se assistiti da assessore togato, anche competenti in cause di maggior valore. Essi esercitavano il loro ufficio nei villaggi, mentre nelle città dovevano stare solo togati, giudici di prima istanza nel civile e criminale, salvo i delitti gravissimi riservati al Senato.

I Senati piemontesi, competenti nell'interpretazione della legge, tribunali di elezione anche in prima istanza per le vedove e i poveri, e corti naturali pei grandi funzionari e i cavalieri dell'Annunziata, corti di appello nelle cause decise dai Prefetti, godettero grande autorità. Era tale ordine, diceva Fabro, da non poter errare *in iure*, esso *qui omnia iura habet in scrinio pectoris sui* (1). Le sue sentenze erano inappellabili, salvo domanda di revisione al re, non ammessa se vi erano tre sentenze conformi, revisione affidata a tutto il Senato. Nei giudizi di revisione delle sentenze, l'avvocato che aveva patrocinato la causa nella quale il suo cliente fosse rimasto soccombente, veniva sospeso per sei

(1) *Codex fabrianus*, lib. VII, tit. 14, def. 1.

Digitized by Google

mesi dall'esercizio del patrocinio. Si ammetteva la revisione delle sentenze pronunziate dal Senato in materia criminale allorchè portavano condanna di morte o di assoluzione contrariamente alle conclusioni del fisco.

Del Senato faceva parte il Ministero pubblico e l'Avvocato dei poveri. Della prima carica la menzione più antica trovasi nel Consiglio residente di Ciamberì e risale al 1329: poi questa carica ebbe più ampio sviluppo negli statuti di Amedeo VIII del 1430, ristretto però alla sola Savoia. Le sue funzioni erano di ricercare i delinquenti, sollecitare i processi, promuovere le cause riguardanti il fisco, assistere i giudici, far eseguire le sentenze. Dalla Savoia il pubblico Ministero fu introdotto nel Piemonte da Emanuele Filiberto, e ne fu nominato uno per prefettura: e nelle Costituzioni del 1723 furono allargate le sue attribuzioni dovendo vegliare sui diritti della Corona e proteggere le persone oppresse e miserabili. Al Senato l'Avvocato fiscale emetteva le sue conclusioni nelle cause di ordine pubblico, dei minori e degli interdetti: attendeva alle cause criminali ed invigilava perchè si procedesse nel penale, e si catturassero i delinquenti.

L'avvocato dei poveri fu istituito in Savoia nel 1375, e nel 1560 fu introdotto in Piemonte. Nelle cause penali era il difensore di diritto di tutti gli imputati poveri. Nel 1790 questa carica fu equiparata a quella delle maggiori magistrature.

§ 8. *Genova* (1).

6. Nel tempo in cui Genova fu retta a Comune il potere giudiziario era nelle mani del Podestà, che ne delegava l'esercizio al *iudex causarum civilium*, al *iudex maleficiorum*, ai *consules rationis* per le cause minori, ai *consules callegarum* pei pubblici incanti, ecc. La istituzione del Doge nessuna innovazione apportò: solo il nome di podestà fu dato ai minori giudici, investiti della bassa giurisdizione, dovendosi le cause criminali importanti pene corporali e le civili di maggior valore essere decise ai tribunali di Genova. Più tardi furono istituiti i Vicari nelle città principali delle due Riviere e di Oltregiogo. Come tribunale supremo funzionavano i *Patres Comunis* dalle sentenze dei quali *non possit*

(1) CANALE, *Storia della Rep. di Genova*, 4 vol., 1844; GIUSTINIANI, *Annali d. Rep. di Genova*, 2 vol., 1834; VARESE, *Storia* ecc., 3 vol., 1835.

Digitized by Google

appellari (1): ad essi dovevano i consoli delle arti *denuntiare quascumque condemnationes* (2).

Quando nel 1528 fu compiuta la celebre riforma che cambiò la costituzione genovese e durò fino al 1797, soltanto in parte modificata colle leggi del 1576, migliorò anche l'ordinamento giudiziario. Il Senato composto di 12 membri che rimanevano in ufficio due anni, divenne suprema corte giudiziaria con facoltà di rivocare le sentenze dei tribunali ordinari, di avocare a sè la cognizione di alcune cause, delegare giudici speciali per altre, esercitare il diritto di grazia. Nelle provincie ossia nelle riviere il potere giudiziario era esercitato dai nobili della classe inferiore, che si mutavano ogni anno, chiamati *pretori, governatori, capitani*; in materia civile giudicavano in prima istanza sulle cause di tenue valore: e dalle loro sentenze si appellava alla Ruota civile stabilita in Genova. In materia penale, dopo che avevano compilato i processi, erano tenuti di chiedere l'avviso della Ruota criminale e a questa uniformarsi.

La Ruota civile, supremo tribunale, era composta di legisti forestieri detti Auditori, presieduti dal Priore. Ad essa volgevansi gli appelli e le domande di revisione: ed ebbe grande riputazione in materie commerciali e marittime. Quella criminale era composta di tre giudici forestieri, triennali: le sue sentenze erano inappellabili. Le sentenze capitali, di mutilazione e di galera pronunciate dai tribunali inferiori dovevano essere sottoposte a questa Ruota, e non potevano eseguirsi senza la conferma di essa.

Nello statuto del 1673 è menzione di due altre magistrature: quella dei supremi sindacatori che *omni ordine iudiciario praetermisso secundum eorum conscientiam* esaminavano le cause *in quibus non datur appellatio*, e in queste potevano *procedere et iudicare summarie sola veritate facti inspecta*, e le loro sentenze erano inappellabili dopo aver citato la parte tre volte; e quella degli straordinari con facoltà di arbitri nelle questioni fra parenti, di supplire ai difetti nell'osservanza degli statuti e delle varie formalità, di proseguire e ristaurare i termini, di delegare speciali giudici nelle cause dei poveri *pro minori dispendio*, di provvedere ad ogni urgente evenienza (3).

---

(1) Stat. dei Padri del Comune della repubblica genovese. Genova, 1885, an. 1486, pag. 135.

(2) Id., an. 1521, pag. 188.

(3) Stat. reip. Genuensis, 1673, I, c. 2, 3 e 4.

Digitized by Google

Nelle città della *dominatio januensis* la giustizia era impartita dai consoli della ragione, potestà, capitani, vicarii, che assistiti da giudici decidevano le cause civili e le minori criminali. Per una legge del 1635 i Padri del Comune avevano competenza nelle cause criminali degli ufficiali, scritturali, cassieri del Comune, sino all'ultimo supplizio e senza appello (1).

§ 3. *Toscana* (2).

7. Sotto i Medici si modificarono gli ordinamenti giudiziari del periodo repubblicano e furono prese misure per una più regolare amministrazione della giustizia, limitando i poteri dei podestà o giusdicenti delle città e ville, disciplinando gli appelli e creando le supreme Ruote di Firenze, Lucca e Siena con diritto di revisione: alle quali Ruote furono chiamati valenti giuristi, così che le decisioni di esse acquistarono grande riputazione. Ma sempre era dato ricorso al principe, che poteva modificare qualunque sentenza. Nel 1600 fu istituita la Magnifica pratica e Consulta con sede a Firenze. Per le cose criminali vi era il Magistrato degli Otto di guardia e balìa istituito nel 1375, che durò fino al 1777 sotto tal nome, anno in cui venne dal granduca Pietro Leopoldo trasformato in supremo tribunale di giustizia. Vi era per le cause civili il Supremo Tribunale Collegiale di giustizia in cui si era trasfuso l'ufficio dell'Auditore di Camera, con facoltà di derogare alle leggi, di esaminare in appello e revisione tutte le cause che vi mandava il principe.

Una riforma giudiziaria fu disposta nel 1744 ma non approdò; fu ripresa nel 1756 pel compartimento della Maremma ed estesa nel 1771 a tutto il ducato, abolendosi il sistema dei giudici elettivi e sottoponendosi i litiganti a giudici necessari. Altre riforme compì Leopoldo « per assicurare sollecita giustizia e impedire il perpetuarsi di cause per più generazioni ». Egli abolì le *tratte*, cioè la distrazione delle cause dai giudici ordinari per volere di

(1) Statuto dei Padri cit., pag. 425.

(2) GALLUZZI, *Istoria della Toscana sotto i Medici*, 7 vol., 1841; REUMONT, *Gesch. d. Toscana unter den Medici*, 1530-1737, 2 vol., 1876; PIGNOTTI, *Storia di Toscana*, 5 vol., 1843. E per Firenze: PERRENS, CAPPONI, CAGGESE; per Lucca: *Mem. e doc. per la storia di Lucca*, 1813-70; per Siena: BUONSIGNORI, 1856.

Digitized by Google

principe ed inviate ad altri per favore o privilegio: ridusse il numero dei tribunali, che per es. a Firenze erano 30 e a Lucca 7 secondo la qualità e professione dei litiganti, la materia, il valore ecc. Nel 1784 fu soppresso l'Ufficio di Auditore fiscale « di triste origine e di iniqua memoria attese, le infami condanne e confiscazioni di cui erasi bruttato » (1) e fu istituito il Presidente del Supremo tribunale e del buon governo, a cui era affidata la polizia del Granducato e la facoltà di conoscere dei ricorsi per violazione di legge e di sindacare i giusdicenti provinciali. Nel 1788 fu soppressa la Consulta che si era arrogata funzioni legislative e fu istituito il *Consultor legale* per trattare gli affari penali e civili nei quali richiedevasi l'intervento del sovrano. Nel 1793 il Consultore fu abolito e fu ripristinata la Consulta.

Lucca, che fu autonoma fino al 1815 e poi unita al Granducato di Toscana nel 1847, ebbe come giudici il console e il podestà, come le altre città di Toscana, e i vicari e capitani nelle ville, competenti in tutte le cause ad eccezione dei *cinque casi*, cioè alto tradimento, omicidio doloso, falso, incendio, ladroneggio in strada pubblica, e di quelli puniti con pena capitale o mutilazione. Il vicario era assistito da un consultore legale che compilava i processi ma non decideva.

Nel sec. XV ebbe luogo una riforma per la quale il podestà divenne esclusivamente ufficiale giudiziario, restringendosi la competenza dei Vicari ai soli reati punibili con pena pecuniaria e fustigazione. Nel 1529 fu decretato che nel posto del potestà si eleggessero tre dottori non luechesi, col titolo di Consiglieri di giustizia per le cause civili e criminali e gli appelli: restavano in carica tre anni. I vicari furono detti commissari di Stato ed ebbero ampliata la competenza, potendo applicare anche la pena di morte, la mutilazione e galera, però coll'assenso del Potestà. Tale ordinamento durò finchè Lucca non fu aggregata al Granducato.

§ 4. *Lombardia, Stati dell'Italia centrale.*

8. Nello stato di Milano sotto la dominazione dei Visconti e la spagnuola furono conservati i tribunali costituiti nell'epoca comunale. Le città ebbero i podestà con giurisdizione civile e

(1) ZOBI, *Storia civile di Toscana*, II, 197.

Digitized by Google

criminale: così i vicari del contado sentenziavano nelle cause di modico valore, rimettendo ai podestà le maggiori e quelle criminali da punirsi con pena corporale. Altrove le autorità investite di giurisdizione conservavano i nomi di consoli, giudici, ufficiali del Comune, capitani. Per gli appelli dai podestà si ricorreva al Senato residente a Milano.

Il Senato di Milano traeva le sue origini dal decreto di Luigi XII di Francia, che nel 1497 accordava ai nobili il diritto di aver parte nell'amministrazione dello Stato. Esso però non era altro che la trasformazione di due speciali magistrature, il *Consiglio segreto* e il *Consiglio di giustizia* create da Gian Galeazzo Visconti. Il re di Francia «stimando inopportuna la molteplicità di magistrature non necessarie» le sopprimeva e vi sostituì il Senato, dandogli *potestatem decreta ducalia confirmandi et infirmandi* (1). In origine era composto di 17 membri, di cui 11 giuristi: poi fu portato a 27 e dagli Spagnuoli ridotto a 14, tutti però giuristi. Suo compito era interpretare le leggi, conoscere le cause ardue e gli appelli, vigilare sulla retta amministrazione della giustizia, sui *privilegia inopis debitoris* e proporre i rimedi *pro abusibus tollendis* nei processi criminali (2). Giudicava *tamquam Deus*, inappellabilmente, senza alcun rimedio *de nullitate*: donde arbitrii, per cui lo stesso Filippo II scriveva al Senato: «Sotto colore dell'arbitrio che le Costituzioni concedono al tribunale vostro, intendiamo che si usa da voi tanto assolutamente l'arbitrio ne le sentenze civili et criminali, che assolvete et condannate senza guardare leggi, statuto, nè le Constituzioni dello Stato, talchè si dice non esservi causa alcuna ne la quale altri per molto che abbia ragione si possa assicurare che gli abbia a valere se s'introduce nel tribunale vostro; trattandosi quivi più per puro et mero arbitrio che per legge o per equità come si vede da questo che in un caso determinate ad un modo et in un altro simile fate al contrario: et ne le cause criminali un delitto ben grande viene assoluto et un altro leggero con severità castigato». Per il che ordinava «che nel giudicar le cause civili dobbiate seguire et guardare la ragion comune, le Constitutioni, gli ordini et gli Sta-

(1) LANDI, *Senatus mediolan.*, 1637; RUGINELLI, *De senatoribus*, c. 4, pag. 39; CRESPI, *Senato di Milano*, 1898; DEL GIUDICE, *I consigli ducali e il Senato di Milano.*

(2) Constit. dominii mediol., 1575, lib. I, tit. 4.

Digitized by Google

tuti di codesto Stato, senza allontanarvene in alcun modo... et che nè più nè meno ne le cause criminali » (1). Del Senato di Milano, come del resto di tutti gli altri tribunali del tempo e di altre regioni, nota era la venalità, alla quale indarno cercò porre rimedio il Duca d'Alba con decreto del 1555: « Il presidente del Senato et senatori non piglino *etiam a sponte dantibus* cosa alcuna oltre il salario nè per le sentencie nè per visione di scritture sotto pena di privatione perpetua de' loro officii et condannatione del quadruplo... e sia degradato dagli insigni de dottori et relegato in perpetuo, ecc. ». Tanto nella sua azione giudiziaria quanto in quelle molte ingerenze che aveva nella polizia, il Senato milanese mostrò assoluta assenza di ogni spirito di indipendenza e fu di supina arrendevolezza ai voleri e ai capricci della Spagna, che imponeva « non si trapassi o si muti o si alteri nè in tutto nè in parte gli ordini » che venivano da Madrid (2). Così per compiacere ai governanti si abbassava ad ogni servizio non confacente colla sua dignità e più che altro favoriva i nobili che si valsero del Senato come di strumento per accrescere la loro privata potenza e accumulare ricchezze. I governatori di Milano non si curavano più di esso, essendo giunti persino a pronunciare sentenze senza interrogarlo (3).

9. Quando la Lombardia venne nelle mani dell'Austria, il Senato che era già decaduto come suprema corte di giustizia fu da Giuseppe II definitivamente soppresso; fu riformato dalle basi l'ordinamento giudiziario, istituendo giudici e tribunali di prima istanza: poi fu creato un tribunale di appello ed inoltre una corte suprema di revisione pei casi in cui discordassero le sentenze dei giudici di prima e di seconda istanza. Per le cause commerciali e cambiarie furono istituiti i tribunali mercantili.

La suprema autorità giudiziaria era a Mantova nel Senato, a Modena nel Supremo consiglio di giustizia istituito nel 1773, a Trento nel Consiglio aulico del vescovo, dal quale per altro era riservato, come negli altri paesi dell'Impero, in certi casi l'ultimo appello ai supremi tribunali imperiali. Questi tribunali constavano generalmente di più sale o ruote, e se ne riuniva poi più

(1) Vedi gli Ordini da Thomar, 17 aprile 1581, trad. ital., Milano, 1581.

(2) Ordini dati nuovamente da S. Maestà Cattolica al Senato di Milano, trad. dalla spagnola lingua, Milano, 1581.

(3) LANDI, op. cit., pag. 190.

Digitized by Google

d'una a deliberare in comune nelle ore più gravi e nelle questioni di massima e di interpretazione delle leggi. Erano poi ad un tempo tribunali di seconda e terza istanza, per le cause spettanti ad altre curie e di prima cognizione per altre privilegiate o per quelle riguardanti materie fiscali, regalie del principe, successioni in feudi, controversie fra l'autorità centrale e le università, o per quelle dei grandi funzionari dello Stato se attori in causa civile od accusati in materia penale. Potevano avocare a sè cause togliendole dalle competenze ordinarie, come il principe li poteva investire dell'esame di una lite che doveva da altri tribunali essere esaminata.

10. Nel ducato di Parma e di Piacenza Pier Luigi Farnese nel 1545 istituì il Consiglio di giustizia composto di sette giureconsulti, con facoltà di conoscere tutte le cause civili, criminali, miste e feudali, con sede a Parma [1]. Detto consiglio funzionava da Segnatura nelle cause civili e criminali in presenza del duca, e in sua assenza preparava i voti sulle suppliche, dava voto sulle condanne a morte e per la tortura, si intrometteva nelle cause di minori e deboli contro i più potenti. Era lecita la revisione, non l'appello. Nel 1592 la sede fu trasferita a Piacenza, mentre a Parma la giustizia fu amministrata dalla Dettatura e dalla Segnatura; dava la prima voto sulle domande di grazia e di giustizia; la seconda controfirmava le deliberazioni del principe in materia giurisdizionale. In occasione del trasferimento furono pubblicate ordinanze che precisavano la competenza del Consiglio, cui erano riservate le cause civili di grande valore, da trattarsi *summarie de plano, sola facti veritate inspecta, nulla servata instantia*; nelle criminali dava voto sulle relazioni inviategli dagli uditori e giudici, senza il qual voto non potevano spedire i processi. Dalle sue sentenze non era dato appello, ma era ammesso ricorso al principe per revisione; e questa era demandata allo stesso Consiglio. Nel 1698 fu istituita la Congregazione dei ministri, che aveva competenza sui ricorsi civili e criminali in caso di *negata o mal fatta giustizia* o contro le parti che con inganni impedissero il prosieguo dei giudizi o contro i procuratori che « allungano, stiracchiano, sofisticano, imbrogliano, confondono le liti ». Il Consiglio scomparve durante la dominazione francese.

---

[1] NASALLI-ROCCA DI CORNELIANA, *Il supremo consiglio di giustizia di Piacenza* (*Biblioteca storica piacentina*, vol. X), Piacenza, 1922.

Digitized by Google

11. Negli Stati estensi prima delle Costituzioni di Francesco III del 1717 gli ordini giudiziari non erano diversi da quelli in vigore nei territori finitimi: cioè podestà e vicari nelle ville colla minore giurisdizione, e l'Aula di giustizia a Modena. Colle Costituzioni la maggiore giurisdizione stava nel Supremo consiglio di giustizia, diviso in due aule: la criminale giudicava inappellabilmente di tutti i reati, che importavano pena afflittiva ovvero pecuniaria, eccedente i 50 scudi di Modena. Il Consiglio giudicava sulla relazione di un consigliere: ma tutti i consiglieri erano tenuti a leggere il processo prima di dare il voto. Era in facoltà del presidente ordinare, secondo la qualità delle cause, che si fossero intesi in contraddittorio dell'avvocato fiscale il procuratore dell'imputato o il procuratore dei poveri. In caso di parità, il voto del presidente era preponderante per la sentenza più mite. Questo consiglio aveva la vigilanza della polizia giudiziaria; era investito dell'alta facoltà di interpretare le leggi in caso di dubbio e di supplirvi in caso di silenzio: le sue dichiarazioni avevano forza di legge nei casi simili. Ad esso dovevano i giudicanti inviare relazione di tutti i malefici e della cattura degli imputati. I giudici minori dovevano solo compilare il processo da trasmettersi col loro voto al supremo consiglio per la decisione; ed erano tenuti di terminare in un mese le processure di facile spedizione e in due mesi quelle più malagevoli.

Dalle sentenze del Supremo consiglio si poteva ricorrere in pochissimi casi: il ricorso era diretto al Duca che, preso consiglio, lo ammetteva o lo rigettava. Nel primo caso la causa era rinviata innanzi alle due aule riunite.

La giurisdizione di prima istanza era esercitata dai giusdicenti che erano *immediati* se delegati dal duca, *mediati* se dal feudatario: ma per essere giusdicente occorrevano requisiti che erano valutati dal Supremo consiglio.

§ 5. *Venezia* (1).

12. A capo dei supremi organi giudiziari stava il Doge, ma più di nome che di fatto, perchè le sue prerogative eransi ristrette

(1) CONTARINI-GIANOTTI, *Repubblica et magistrati di Venetia*, 1650, pag. 300-339; FERRO, *Dizion. del dir. comune e veneto*, vol. X, 1778, 2ª ediz., 1884; ROBERTI, *Magistrature venete*, in *Nuovo Arch. veneto*, 1910.

Digitized by Google

al diritto di nominare a cariche di poco o nessun conto: le sue cure erano piuttosto rivolte a rappresentare con grande decoro la maestà dello Stato. Nè gli era più possibile sedere coi *boni homines patriae*, come nei tempi antichi, nei tribunali, dal momento che questi eransi moltiplicati per rispondere ai bisogni di quel grande centro di affari. Le antiche curie del civile e del criminale, quella del *proprio*, cui spettava la cognizione delle successioni, doti, domande per sciogliere la fraterna compagnia, la nomina degli arbitri nelle liti fra parenti, ecc., e quella del *forestier* competente in materie marittime e in disdette di case e fondi del dogado, si eran dovute scindere; e così erano nati il tribunale dei giudici delle petizioni (1244) prima per provvedere ai diritti dei creditori contro i debitori insolventi, poi in seguito per procedere nei reati commessi fuori della laguna, nominare tutori, esecutori testamentari, ecc.; — i giudici del *procurator* di San Marco per le liti sopra le « securtà de dota, le carthe per gli orphani, le investison, i chiamor per propinquitade over per collateralitade, per le possession dade ad altri per pegno, ecc. ». Vennero in seguito i giudici del mobile: i giudici del *cattaver* per le cose trovate, le eredità vacanti, poi investiti delle cause contro gli Ebrei che non portavano i distintivi, che abitavano fuori delle loro strade e che conoscevano carnalmente donne cristiane. Vi erano anche i consoli e provveditori del Comune per « la cognitione di represaglie »; i giudici del *piovego* prima incaricati delle acque, canali, darsene, rive e poi della conservazione dei beni del Comune, e infine dei contratti sospetti di pravità usuraria; i giudici dell'*esaminador* pei contratti delle donne, testamenti, vadimonii delle donne, solennità da osservarsi nelle vendite, collegantie e pei modi di partir le possessioni tra fratelli, ecc.: i gastaldi, i commissari di corte per le esecuzioni delle sentenze e per le aste: i signori della notte per le cause civili tra senatori e padroni, la tassazione delle spese di liti e in tutte le cause quando speciali magistrature erano in ferie: la corte di giustizia vecchia per le liti intorno alle arti e mercedi: gli avogadori per le esibizioni dei documenti, per dirimere le discordie fra coniugi e per castigare i figli discoli; i presidenti per le liti derivanti dalla vendita delle pubbliche cariche: i provveditori per la zecca sui depositi fatti in essa e per le alterazioni delle monete; i giudici sopra il formento; la giustizia nova per le liti degli osti ed albergatori, e l'elenco potrebbe continuare. E le competenze così si intrecciavano, si sopraponevano, si esclu-

Digitized by Google

devano; e a crescere la confusione era anche stabilito che pei contratti illeciti e usurari tutti i giudici fossero competenti.

Le materie penali erano di competenza di speciali magistrature. Nei delitti contro la sicurezza dello Stato e di alto tradimento avevano giurisdizione il Consiglio dei Dieci e il Consiglio maggiore. Qualunque dei suoi membri poteva muovere un *eccitamento* perchè un affare giudiziario fosse avocato al Senato o Consiglio dei pregadi, così detto perchè i Dogi potevano pregare i cittadini più assennati di assisterli col loro parere. Il Consiglio dei Dieci si valse dell'illimitato potere per sovrapporsi agli altri organi giudiziari, abuso che si tentò reprimere nel 1582, mentre poi nel 1595 gli furono affidati i casi di tradimento, fellonia, congiure, falso nummario, colpa nefanda, i delitti dei patrizi, le cause dei monasteri, confraternite, ecc.; e in queste attribuzioni era assistito dagli Inquisitori di Stato (decreti 1539, 1585), che procedevan con rito rapido e segreto « dovendosi contro i rei di Stato non servirsi di pubblica giustizia, piuttosto fare che il veleno usi l'ufficio del manigoldo perchè il frutto è lo stesso e l'odio minore ». Queste magistrature crebbero ancora nel corso dei secoli, senza che meglio si chiarissero le loro competenze: il che era affidato agli *avogadori* che definivano a quali tribunali si dovessero portare i processi, esercitavano sindacato sui magistrati, e inoltre verificavano quali donne non nobili potevan sposare patrizi e quali avevano la cittadinanza originaria di Venezia.

13. Ad epoca posteriore appartengono le *quarantie* con carattere collegiale. Erano in origine consigli di 40 nobili investiti degli appelli: vi era la quarantia al civil e altra al criminal, la *civil vecchia*, la *civil nova* o della legge pisana per le cause già giudicate nei tribunali di provincia e per quelle che gli avogadori stimavano deferire al suo giudizio. Ciascuna aveva tre capi e due vicecapi che si mutavano ogni due mesi.

Sussidiario delle Quarantie era il Collegio dei Trenta Savi, sostituito poi dai due Collegi dei XX e XII, magistrature sovrane sopra le altre, le cui sentenze o *spazzi* eran definitive. I giudici delle Quarantie, di almeno 30 anni, eran eletti dal Maggior Consiglio e duravano in carica 32 mesi, che trascorrevano alla Civile, alla Vecchia, alla Criminale e nei due Collegi, otto mesi per ciascuna. I capi assegnavano alle parti il giorno per l'udienza e la discussione delle cause e questo dicevasi *dar il pender*. Ciascuna delle *quarantie* aveva due *contradditori* incaricati di difendere le parti contro gli *avogadori* che sostenevano l'accusa.

Digitized by Google

Le cause minori si discutevano presso gli avogadori del Comune o presso i signori di notte al criminale, i cinque provveditori della pace, i capi dei sestieri, gli esecutori della bestemmia. Le contravvenzioni alle leggi di polizia, alle leggi suntuarie, annonarie erano trattate ad altri tribunali, per es. al magistrato della sanità, alla corte di giustizia vecchia e nova, ai provveditori alle pompe, ai giudici del contrabbando, agli inquisitori sopra i dazi. Il Consiglio dei Dieci ogni momento creava nuóve magistrature o delegava *savii* a questo o a quel genere di materie, divideva i tribunali togliendo parte delle loro attribuzioni per darle ad altri. Al 1750 si contavano a Venezia centotrenta tribunali, tutti collegiali, alcuni composti di 12, altri di 15, altri di 25 membri, e si chiamavano i Collegi dei 12, dei 15, dei 25: di questi 130 erano 64 eletti dal Maggior Consiglio, 62 dal Senato e 4 dal Consiglio dei Dieci. Le liti erano sminuzzate fra queste giurisdizioni, la stessa questione dovendosi per una parte trattare ad un foro e e per un'altra ad altro foro: per es. la ripetizione di dote andava al proprio per ciò che era beni immobili, al mobile pei crediti, all'esaminador pei mobili infruttiferi, al tribunale delle petizioni se vi era rapporto con testamenti, al forestier se vi erano incluse carature di navi, al piovego se vi erano pegni. E per tanta varietà di competenze si dovè vietare di convenire alcuno pel medesimo titolo contemporaneamente dinanzi a diversi tribunali.

Officio e dignità assai ragguardevole in Venezia era il *Cancelliere grande* della Repubblica, a cui spettava controfirmare gli atti giudiziari delle maggiori magistrature: ma era anche stabilito che « messer lo Dose debbia far compire tutte le sentenze de li zudesi che sarà appresentade per colui a chi laspetta ». Al Doge spettava dirimere le cause se « i giudici in numero dispari costituidi saranno discordi » — se « li giudici de diversi officij contendendo della iurisdition del foro » non si potranno accordare: e verso il 1450 si ordinò che il doge dovesse ogni mercoledì andare a palazzo e accertarsi se l'amministrazione della giustizia era incorrotta.

I procedimenti e le accuse non si muovevano solo davanti alle Quarantie, agli Avvogadori vecchi e nuovi e al Consiglio dei Dieci perchè la repubblica era solita costituire tribunali straordinari e sottrarre gli imputati alle giurisdizioni ordinarie.

14. Fu uso veneto l'intervento degli avvocati nei giudizi così civili che criminali. Parlavano nella loro lingua, con libertà, e da

Digitized by Google

ciò si svolse un'eloquenza forense non quale risuonava negli altri tribunali d'Italia. Il dibattimento era pubblico; nelle cause davanti al Consiglio dei Dieci i rei erano accusati con scritta relazione dell'avogadore e difesi con allegazione scritta dai loro avvocati. Il foro veneto acquistò in tal modo larga e insigne celebrità. L'avvocatura era ritenuta professione nobile e liberale e gran conto si faceva di coloro che in essa si distinguevano: era riservata ai patrizi o a cittadini originari veneti o nati in Venezia o da dieci anni domiciliati nella capitale purchè provenienti e nati in città appartenente alla Serenissima.

15. Nelle provincie di terraferma non erano state abolite le antiche magistrature del Podestà, dei suoi assessori e dei giudici pedanei, e si avevano il giudice del *maleficio* e i giudici civili intitolati alle varie insegne poste sulla porta del tribunale: però le magistrature della Serenissima si intromettevano, avocando a sè le cause a loro talento, mediante le lettere auditoriali e avogaresche, complicando straordinariamente le cose. Per esempio il governo veneto avocava i processi importanti al Consiglio dei Dieci dal quale o venivano assegnati a tribunali di Venezia o erano delegati al Podestà. Era però riconosciuta anche ai litiganti la facoltà di recedere dal loro foro naturale e ricorrere specialmente in sede di appello alle magistrature venete; donde conflitti di competenza ed eternità delle cause.

Si nota nelle provincie la solita molteplicità di fori e la mancanza di una chiara distinzione delle competenze, per cui le cause civili potevano venire incoate davanti a qualunque giudice a volontà delle parti (1). Così a Padova vi erano tribunali per le truffe e i contrabbandi, per l'annona, pei danni alle campagne, pei militari, in materia sanitaria, pei luoghi pii, per gli Ebrei, ecc.

Vi era una Giudicatura sommaria criminale e un'altra ordinaria: alla prima si portavano le risse verbali e vie di fatto fra marito e moglie e tra congiunti, le violazioni al *quieto vivere* commesse da studenti, i processi di gioco, le contravvenzioni ai regolamenti annonari, sanitari, suntuari: e a ciascuno di questi rami presiedevano ufficiali speciali, il Cancelliere pretorio, il giudice alle vettovaglie, i cavalieri di piazza, i censori alle pompe.

---

(1) FERRARI GIANNINO, *L'ordinamento giudiziario a Padova negli ultimi secoli della repubblica veneta*, nella *Miscellanea di storia veneta della R. Deputazione di storia patria*, serie III, vol. VII, 1914 (dell'estratto pagina 18).

Digitized by Google

Le cause dei giudici pedanei si portavano in seconda istanza a piacere delle parti a qualunque degli assessori e da questi in terza istanza al podestà: e passavano in terza a Venezia, quando la seconda sentenza non era conforme alla prima, essendo norma costante che due sentenze conformi finissero la lite (1).

Ma come si è detto, la maggiore causa di disordine stava nella inframmettenza delle magistrature venete sull'amministrazione della giustizia nelle provincie. Debitori e delinquenti invocavano con sotterfugi l'intervento degli Auditori i quali rilasciavano *lettere avogaresche*, per cui i processi restavano sospesi o erano richiamati a Venezia; nè a questo inconveniente il governo centrale pose mai rimedio e durava ancora al secolo XVIII. Ancora a peggiorare l'amministrazione della giustizia concorreva il fatto che gli uffici erano dati in fitto, verificandosi così o collusione degli ufficiali coi causidici o errori per inesperienza, così che « trionfava il litigante più comodo sopra il più bisognoso » (2). Per questo pessimo ordinamento gli stessi Conservatori ed esecutori delle leggi venete nel 1777 dichiaravano che l'amministrazione della giustizia « destava compassione ». Progetti di riforme furono formulati, ma il governo veneto che favoriva l'accentramento dei tribunali a Venezia, nessun provvedimento dispose per assicurare alle provincie una buona giustizia. Il disordine continuò nelle leggi innumerevoli, nelle tante giurisdizioni, nelle competenze in continuo conflitto fino all'ultimo giorno della Repubblica.

16. Nella signoria feudale del Patriarca di Aquileia la giustizia era così amministrata: i podestà, i capitani e i gastaldi nelle varie terre e castella erano i giudici inferiori: dalle loro sentenze era dato appello alla Curia patriarcale, e da questa in terza e definitiva istanza al Parlamento. Questo coi nomi di *Curia* o *Colloquium generale terrae forijulii o totius patriae* era il supremo tribunale amministrativo e giudiziario. I primi atti relativi a queste funzioni nei riguardi dei privati appaiono alla fine del sec. XIII: sono decisioni in appello o richiami al Parlamento come a supremo giudizio, e nel 1293 probabilmente ne fu dal Patriarca precisata la competenza. Egli vi sedeva coi suoi curiali giudice degli appelli dai giusdicenti per tutte le cause dei sudditi, per le feudali e le ecclesiastiche.

---

(1) Stat. di Padova, lib. I, r. 7, c. 15, ed. 1749.
(2) Ferrari, op. cit., pag. 189.

Digitized by Google

Anticamente il gastaldo che presiedeva il placito interrogava nelle questioni di diritto i *sapientes* colla formola *quid iuris* e faceva dare la sentenza dagli *adstantes*, e quindi ordinava l'esecuzione. Nelle borgate o *vicinie* l'assemblea giudiziaria era formata dagli abitatori del luogo proprietari o fittuari, presieduta dal massaro: oppure vi erano giurati che sentenziavano accanto al rappresentante del Patriarca o del signore feudale (1). Ma nel sec. XIV questo intervento popolare fu sostituito da rappresentanti giurati o da giudici fissi, *boni homines, iudices malefitiorum* eletti dalle vicinie o dai consigli comunali ai quali erano riservati alcuni casi di crimini che turbavano la pace pubblica: ma quelli puniti con pena capitale spettavano alla curia del Conte di Gorizia avvocato della chiesa di Aquileia in tutto il Friuli. Alla curia del Patriarca andavano in appello le cause civili: egli ne aveva avuto speciale privilegio da Federico II. Poi furono portate al Parlamento friulano (2).

§ 6. *Roma e lo Stato pontificio* (3).

17. Roma aveva due distinti ordini giudiziari: quelli derivanti dall'antica costituzione municipale e quelli di creazione papale con giurisdizione mondiale. I primi erano presieduti dal Senatore, ultimo vestigio o simulacro del governo repubblicano, assistito da due giudici collaterali. Vi era poi il giudice della Camera per le materie fiscali, gli edifizi pubblici e perchè non si formassero *per artifices monopolia*. La giustizia inferiore, la polizia sui vagabondi e prodighi era affidata ai *caporioni delle regioni*, che dovevano anche *masculos quam feminas excitare*. Vi eran *pacieri* per le controversie fra parenti, con giudizio *de plano et aequo* e inappellabile. I giudici ai malefici dovevano stare *ad*

---

(1) LEICHT, *Statuta vetera civ. Austriae*, Udine, 1899, intr.

(2) WINKELMANN, *Acta imperii inedita*, 320; LIRUTI, *Notizie del Friuli*, IV; PODRECCA, *Storia italiana*; LEICHT, *Giudizi feudali*; ID., *Parlamento della patria del Friuli*, negli *Atti dell'Acc. di Udine*, X, XI, 1903.

(3) DE VECCHIS, *Collectio constitutionum pro bono regimine Universitatum Status ecclesiae*, 4 vol., 1732-1742; COHELLIUS, *De bono regimine*, 1656; VENDETTINI, *Del senato romano*, 1750; LAMANTIA, *Storia della legislaz. italiana*, I, *Roma e lo Stato romano*, 1884; MORONI, *Dizionario eccles.*, voce *Tribunali*, ecc.

Digitized by Google

banchum ogni giorno: quelli degli appelli eran dottori, forestieri e stavano in carica 6 mesi. Più tardi, nel sec. XVI fu istituito il tribunale dell'Auditore di Camera per gli appelli da sentenze *extra curiam* o dalle curie *de partibus* e anche *a futuro gravamine*, per le cause da obbligazioni camerali e privilegiate: aveva anche competenza penale, ma in caso di grave pena doveva riferire al papa. Vi era ancora il foro del Governatore per le minime controversie, mercedi di servitori, spettacoli pubblici, ecc., e quello del Cardinal Vicario.

Più importante era il tribunale della Segnatura così detto dalla firma del papa alle *commissioni* inviate per esame di ricorsi o appelli: era diviso in due ruote, di *giustizia* e di *grazia*, e presieduto dall'Uditore del papa che riferiva al papa il quale sul parere dei 12 giudici emetteva sovrano rescritto o riservavasi manifestarlo, dispensando dal rigore del diritto e delle forme giudiziali, dichiarando validi gli atti mancanti delle solennità prescritte.

18. Fama mondiale ebbe la Rota romana con potestà in tutte le cause dell'orbe. Traeva origine dall'uso seguito fin dal sec. XI di delegare cause di materia beneficiaria a un *magister* cappellano pontificio, *auditor s. palatii* (1). Al sec. XIV si ebbero commissioni permanenti di *auditores*, e nel 1331 fu istituita l'*Audientia s. palatii*, che prese posto accanto al *Concistorium*, all'*Audientia curiae camerae*, *Aud. contradictarum*, al *Marescalcus iustitiae*, investiti tutti della giurisdizione civile e criminale. La *Rota* era divisa in tre camere collegiali, ognuna con speciale competenza (civile, ecclesiastica, matrimoniale, beneficiaria, ecc.), non però in materia criminale riservata da Pio IV al foro ordinario. Le sue sentenze avevan grande autorità: essa fu disciplinata da molte bolle, fino a quelle di Gregorio XIV e Pio X. Era composta da magistrati di diversi paesi (un tedesco, un francese, due spagnoli, tre romani, cinque di altre regioni italiane) eletti dal papa dopo esami speciali. Esaminava le cause rinviate per commissione dalla Segnatura per ordine pontificio, per consenso dei litiganti, in appello dai Legati e Governatori. Il rito della Rota imponeva che

(1) BERNINO, *Il tribunale della S. Rota rom.*, 1717; TANAGLI, *De s. Rotae romanae auditore*, 1654; BONDINI, *Il trib. d. Rota rom.*, 1854; BANGEN, *Die roemische Curie*, 1880; HINSCHIUS, *Kirchenrecht*, § 45; GÖLLER, *Archiv für kathol. Recht*, vol. XCI, 1910; SCHNEIDER, *Die roemische Rota*, 1914.

Digitized by Google

vi fosse un uditore *ponente* che formulava i varii dubbi della causa e chiedeva l'*oraculum*. Il difensore rispondeva *in facto* e *in iure*, presentando difese scritte. La Rota decideva a porte chiuse senza arringhe di avvocati: il *ponente* riceveva i voti scritti di ciascun uditore e ne formava la decisione coi motivi che comunicava alle parti, perchè potessero o acquietarsi o chiedere nuova udienza pel riesame: e la Rota poteva accordarlo o negarlo, e poi riformare il primo avviso o insistere, formando per tale risoluzione la definitiva decisione. Le bolle raccomandavano imparzialità; gli Uditori avevano privilegi, esenzioni da imposte e godevano di titoli onorifici. Le sentenze della Rota furono raccolte in centinaia di volumi. Essa oltre che tribunale di appello era suprema Corte di Cassazione per lo Stato pontificio giudicando sulle *querelae nullitatis*.

19. I papi cercarono dare alle popolazioni buona giustizia, e il Bollario contiene innumerevoli provvedimenti in proposito. Vanno ricordati quelli di Marcello II, 1555, per nuove forme dei giudizi: di Pio V, 1566, sui requisiti per coprire le cariche giudiziarie: di Gregorio XIII che ricomprò gli uffizi di avvocati fiscali di Roma e Romagna venduti da Pio V in occasione della guerra contro i Turchi: di Innocenzo XII nel 1692 che estinse diverse giudicature esercitate per privilegio da parte di prelati restituendole ai giudici ordinari e soppresse tutti i tribunali particolari (1): di Pio IV, di Paolo V, Innocenzo XI sulle sportule dei giudici e degli avvocati. Così nello Stato pontificio la giustizia era ritornata funzione statale, si ebbero nel corso del sec. XVII riforme notevoli in materia procedurale, per risolvere i conflitti di giurisdizione, per limitare il carcere preventivo, la tortura, per sollecitare i giudizi civili, per ridurre le sportule, propine, spese, per disciplinare le funzioni dell'avvocato del fisco e dei poveri. Colle riforme di Innocenzo XII, 1692, di Benedetto XIV, 1742, furono abolite tutte le giurisdizioni privilegiate, comprese quelle delle corporazioni di arti e dei Consoli dell'agricoltura: sfuggirono solo all'abolizione le Congregazioni dei Cardinali, il tribunale della Camera apostolica e della fabbrica di S. Pietro. Infine Pio VI compì altre riforme per dare unità all'amministrazione della giustizia, la quale così non era deformata da quel gran

(1) Bolla *Ad radicitus*, in *Bullarium magnum*, IX, pag. 364; bolla *Romanus pontifex* e Constit., LXXVII, del 1693.

Digitized by Google

numero di tribunali che pullulavano negli altri Stati italiani. A Roma vi erano la Curia del Campidoglio per tutte le cuase civili e criminali, il foro ecclesiastico colla sua speciale competenza, e poi la S. Rota tribunale di appello e cassazione.

20. Le città dello Stato romano avevano, come le altre città italiane, il Rettore o Podestà, Vicario, Gonfaloniere, che delegava a giudici il tener banco o desco. Gli appelli si portavano al Legato. Bologna era la sede di tribunale di appello. Nella Marca anconitana il Rettore era assistito da quattro giudici, pel civile, il penale, l'ecclesiastico e gli appelli. Altri giudici erano delegati ai luoghi dipendenti (*iudices presidatuum*) per le cause minori e locali. I giudici avevano stipendio: i litiganti dovevano pagare *caposoldo* alla Camera, ma ne erano dispensati i poveri (1). Gli appelli erano discussi davanti al Rettore o al Legato, ed era vietato portarli al papa, *omisso medio* (2). A Faenza i giudici civili detti del cavallo e del bove avevan giurisdizione solo quando non fossero stati prevenuti nella cognizione dal podestà (3). A Forlì il podestà aveva piena autorità di rimettere o commutare le pene pecuniarie: nel 1588 fu istituito il *magistrato dei novanta pacifici*, che poi fu esteso ad altre città, investito di giurisdizione in tutte quelle cause che turbavano l'ordine pubblico (4).

Il sistema dei collegi giudiziari o Ruote venne introdotto in varie città dello Stato pontificio per costituzioni particolari: così Paolo III istituì nel 1539 a Bologna un tribunale di Ruota con cinque uditori forestieri, dottori, eletti a quinquennio per le cause civili, e con incarico di definire le liti. Il Senato bolognese col consenso del Legato designò le norme del nuovo tribunale, che vennero osservate fino alla rivoluzione francese (5). Le cause criminali eran di competenza dell'Uditore (6). Perugia ebbe la Ruota di quattro uditori nel 1530, che sostituì il Podestà e il

(1) Constituz. egidiane, ed. SELLA, lib. I, 5.

(2) I Beneventani invece godevano il privilegio di appellare direttamente al papa per bolla di Pio II, 1459; ma poi altre bolle del 1479 limitarono tale appello alle cause in terza istanza e nel 1487 e 1493 anche questo fu abolito: v. LONARDO, *Stat. di Benevento* del sec. XV, 1902, pag. 37.

(3) Stat. di Faenza, I, 20.

(4) Stat. Forilivii, I, 4: Ordini ecc. del Mag. dei novanta pacifici di Forlì, Cesena, 1589. Questo magistrato formato da Clemente XIV era ancora in vita nel sec. XVIII.

(5) Constitutiones rotae bonon., 1586.

(6) Id. Però l'Uditore doveva ubbidire al podestà.

Digitized by Google

Capitano delle appellazioni: a Macerata trovasi fin dal 1233 una curia generale, che dopo varie vicende fu da papa Sisto V, 1588, elevata a Ruota con giurisdizione in tutta la Marca anconitana, con funzioni di tribunale di appello e con quattro giudici quali legati apostolici a latere, eletti dal papa e uno dal Comune (1). Anche a Benevento funzionavano curie di prima e seconda istanza (2).

21. A S. Marino i Capitani avevano giurisdizione civile e criminale *secundum formam statutorum.* Vi erano giudici di appello *secundum constitutiones S. matris ecclesiae* (3).

§ 7. *Il regno di Napoli.*

22. Sotto gli Angioini non avvennero innovazioni notevoli se non quelle dipendenti dai privilegi concessi ai baroni di amministrare giustizia nei loro territori. La M. Curia assunse il nome di *M. Curia iustitiarii et vicarii,* quando nel 1294 Carlo II assentatosi dal regno creò suo vicario il primogenito e gli destinò un Consiglio collaterale, la curia del Vicario, che poi divenne permanente e acquistò una posizione superiore a tutti gli altri tribunali, competente negli appelli. Immutate restarono le magistrature inferiori: i giudici si distinguevano in *legistae* e in *iurati* o *idiotae*: questi stavano anche nelle città, ma con competenza nelle cause minori, decise *ex bono et aequo,* oppure sedevano accanto ai legisti che dovevano interrogarli sugli usi locali (4). A Napoli la Corte del Compalazzo fu privata di giudicare cause penali, le quali vennero attribuite alla *Curia capitanei* (5).

Novità si ebbero cogli Aragonesi (1442-1503) (6) e coi Vicerè (1503-1700) che moltiplicarono i tribunali baronali e privilegiati, crearono nuove curie collegiali, senza divisione di competenze. Alfonso I, seguendo l'esempio di Aragona, istituì il Sacro

(1) Constit. rotae perug., 1578.

(2) FOGLIETTI, *Opuscoli di storia del diritto,* Macerata, 1886, pag. 201, *Il trib. supr. di Macerata.*

(3) LONARDO, *Statuti di Benevento,* 1902, pag. 30.

(4) Stat. S. Marini, ed. Rimini, 1600; Forlì, 1834; DELFICO, *Mem. stor. della rep. di S. Marino,* 1804.

(5) Dipl. per Messina, 1294, con cui si concede che il tribunale sia composto di 3 legisti e di 3 idioti; HARTWIG, *Codex dipl. Siciliae,* pag. 45.

(6) TOPPI, *De origine tribun.,* III, pag. 278.

Digitized by Google

Consiglio coll'incarico di esaminare i ricorsi per *retratazione* di sentenze, i quali prima erano rimessi a particolari giureconsulti. Era composto di nove dottori cattedratici non distolti dall'insegnamento, e da due non dottori: aveva sede in S. Chiara (dal 1474 al 1540), donde trasse il nome: poi prese il nome di Tribunale di Capuana quando fu trasportato a Castel Capuano. Era tribunale di appello; ma poi ebbe riservate sole le cause più gravi. Ogni causa si iniziava colla *decretazione dell'abnegazione* di ogni diritto e forma, tutto essendo rimesso al *sanctissimum arbitrium* e alla *principis conscientia* e giudicandosi coll'equità. Fu soppresso nel 1809.

Alfonso I creò pure la Camera dei Conti o della Sommaria per le cause fiscali, feudali, di regalie: traeva nome dal fatto che davanti ad essa tutto *sommarie videtur*. Era composta da 4 giuristi e 2 idioti incaricati di esaminare i conti dei razionali. Da esso era dato solo ricorso al re.

Nelle provincie sotto gli Aragonesi restarono i baiuli, i camerari, ecc., ai quali fu fatto divieto di non pretendere prestazioni dalle Università nè sportule dai litiganti. Tutti i giudici erano sottoposti a sindacato (1).

23. Gli Austro-spagnuoli complicarono gli ordini giudiziari: Carlo V divise il S. Consiglio in due ruote, con 22 consiglieri, che ogni anno si alternavano nelle ruote. Larghi poteri aveva il presidente nel pretendere che ogni giudice spiegasse il suo voto (*verbum faciat*), nel vivificare coll'*insufflatio spiritus* le petizioni estinte per decorso di tempo, ecc.: ma doveva ogni giorno nel pomeriggio ascoltare i litiganti. Le sentenze del S. Consiglio, che fecero testo alle alte Curie ed ebbero grande autorità fuori regno, non erano motivate. Tanta era l'autorità di questo Consiglio che poteva sciogliere i divieti apposti in testamenti o in donazioni di alienare, e poteva mutare anche la volontà dei testatori. Nell'istruzione criminale il S. Consiglio poteva applicare la tortura ma solo nei delitti atroci.

Si avverta che non era prescritto seguire l'ordine delle giurisdizioni, essendo facoltà delle parti iniziare la causa in quella curia o in questa. Si aggiunga che l'appello da una interlocutoria rinviava tutta la causa al tribunale superiore.

---

(1) an. 1354-1459: CAPASSO, *Repertorio di pergamene della Università di Gaeta*, 1884, pag. 2, 7, 13, 155, 239.

Digitized by Google

24. Al sec. XVIII si avevano a Napoli i seguenti tribunali:

1° La *Camera reale* o di *S. Chiara*, che Carlo III fece competente non solo negli appelli ma in tutte le cause delegate dal re (Pragm., 1735). Ai suoi componenti spettava visitare le carceri, *abilitare* i rei, concedere dilazioni ai debitori, temperare il rigore del diritto, assentire alle alienazioni delle doti e dei feudi, dare l'*exequatur* alle bolle pontificie, la licenza per la stampa, vigilare sul foro ecclesiastico; e a tal scopo Carlo III nominò un Delegato della reale giurisdizione per difendere i chierici gravati dai vescovi.

2° Il tribunale dei maestri razionali della G. Corte con competenza in materie fiscali, imposte, miniere, tesori, fosse il fisco attore o convenuto: in questioni sulla natura dei feudi, sui conti dei tesorieri, amministratori del denaro pubblico o delle Università, nelle cause di prestazioni fiscali, di regio demanio o esenzione dalla giurisdizione dei baroni nonchè in quelle degli impiegati dello Stato verso la *General Tesoreria* o verso la *Scrivania di razione*, ufficio così chiamato perchè aveva la nota di tutti coloro che godevano stipendi dal Re (1). Di questi impiegati giudicava anche le cause derivanti da peculato o dolo o colpa commessa nell'esercizio delle loro funzioni (Pramm., 1738).

3° La *Gran Corte della Vicaria*, che continuò anche sotto i Borboni, composta di sei giudici per le cause civili e otto per le criminali, divisi così in due Ruote e di due regi consiglieri, tre avvocati fiscali, tre avvocati dei poveri (2). L'ufficio dei giudici era biennale e dopo il biennio erano sottoposti a sindacato (3): ma più tardi la riconferma fu lasciata all'arbitrio del re. Grande era la sua competenza nel civile, nel criminale e negli appelli da tutti i tribunali: ad essa eran riservate le cause delle vedove e pupilli quando paventavano la potenza dell'avversario, quelle dei nobili sebbene non domiciliati a Napoli, l'applicazione della tortura, la condanna *ad modum belli* pei delitti gravi, però coll'intervento dell'avvocato fiscale. Al sec. XVIII la Vicaria ebbe quelle funzioni di polizia che poi nel 1806 furono assegnate al Ministero di polizia.

4° Il S. Regio Consiglio quale Corte suprema di appello e

(1) Dispacci, tit. 21, disp. 2, 21, 22.
(2) Pragm. 72, de offic. S. R. Cons., an. 1597.
(3) Pragm. 52, § 2, de offic. Mag. Justic.

Digitized by Google

revisione e tribunale di prima istanza per le cause dei cittadini napoletani superiori a 60 ducati (portati nel 1738 a 400). Carlo III ordinò che nessuno si potesse discostare dai pareri emessi dal S. R. Consiglio, che proferiva sentenze senza notificarle (erano le *lectae latae*), faceva eseguire *armata manu*. Dalle sue sentenze non vi era appello ma solo reclamo al re.

5° Le Regie Udienze con giudici biennali, con facoltà di punire anche di morte e di mutilazione, con competenza nelle cause civili non decise dai tribunali inferiori e in appello da questi, in quelle delle vedove, pupilli e persone miserabili che eleggevano il foro delle udienze.

6° Il Commissario di Campania con competenza criminale e per delegazione anche civile.

7° I Governatori delle provincie che potevano sottrarre l'esame di cause criminali ai baiuli giudici delle campagne per le cause minori, danni, ecc.

8° Il tribunale della salute istituito per la peste del 1656, il Protomedicato del Regno, la Deputazione contro il S. Officio istituita nel 1746, le Giunte dell'annona, dei pesi, della posta (1783), dei siti reali (1779), delle vie (1784), degli spettacoli, il tribunale del Portulano per porti e spiaggie, quello del rettore dell'Università per le cause degli studenti, la Curia dell'arte e seta.

9° Il tribunale dell'Ammirato e del Consolato di terra e di mare per le persone e i negozi di mare: l'Udienza generale di guerra e Casa reale pei militari, pei servi dei palazzi reali e per le loro famiglie.

10° La Curia del Cappellano maggiore pei chierici, pei professori e scolari dell'Università di Napoli, per le cause di regio patronato, per il *placet* nella stampa dei libri: sostituita in virtù del Concordato del 1742 da un Tribunale misto.

11° Il tribunale della regia dogana di Puglia riformato nel 1788 per le controversie dei pastori pugliesi, così detti locati perchè pagando una annua tassa essi e le loro famiglie e persone di servizio e compratori di lana erano esenti dalla giurisdizione ordinaria, ovunque si trovassero.

Ancora nelle provincie esistevano speciali fori privilegiati a cui rivolgevansi i cittadini per le loro cause.

25. I Borboni invece di semplificare le magistrature, le avevano accresciute e anche nel 1789 avevano istituito nuovi giudici *privativi* e *abdicativi* delle Udienze, tanto che i contendenti

Digitized by Google

non sapevano a qual giudice rivolgersi e spesso erano arrestati da eccezioni di incompetenza. Il Nicolini enumera 86 tribunali nel regno di Napoli prima della dominazione francese [1]; e ricorda come solo nel 1791 la G. Corte di Vicaria, il S. R. Consiglio e la Sommaria assorbirono la competenza di altre curie. La confusione era accresciuta dalla diversità di procedure nei vari tribunali, ognuno avendo prerogative, riti, consuetudini proprie e per la disposizione riconfermata nel dispaccio del 1759 che « quando non vi sia legge espressa pel caso... si riferisca alla Maestà del re per attendere il sovrano oracolo ».

Accanto a queste magistrature regie esistevano anche le baronali con facoltà di conoscere le prime istanze, e in qualche luogo ancora le seconde e terze, con *accusa* o *inquisizione*, con *rigore*, con *clemenza*, con composizione, il che significava potere i baroni regolarsi a loro talento: e solo nel 1777 fu disposto che non potessero transigere negli omicidi e reati gravi senza il reale assenso, che dovessero fare relazione alle regie Udienze, e valersi di giudici assistiti da consultore dottore.

§ 8. *La Sicilia.*

26. Gli Aragonesi non alterarono le istituzioni di cui Federico II aveva dotato l'isola, cioè i baiuli nelle città e ville, il giustiziere in ogni provincia, la *Curia regis* suprema corte di appello. Il re svevo aveva privato i baroni della giurisdizione criminale affidata ai giustizieri e solo li aveva autorizzati a decidere le cause civili ma entro tre mesi: scorso questo termine, erano avocate alla Curia del giustiziere. Gli Aragonesi restituirono ai baroni gli antichi privilegi, che sperarono attenuare colla nomina di tre probi uomini in ogni terra incaricati di informare ogni tre mesi il principe delle estorsioni e degli aggravi commessi dai giudici e di riferire ogni due mesi degli omicidi e gravi delitti [2]. Nello stesso tempo si dispose che i baiuli dovessero nel giudicare le cause civili essere assistiti da giudici, i quali nelle città dovevano essere periti nel diritto; e venne che questi assunsero le funzioni di veri giudicanti e ai baiuli restò l'esecuzione delle sen-

(1) *Procedura penale*, I, § 260.
(2) Cap. 3 regis Friderici, ed. TESTA, pag. 48; cap. 45, pag. 70.

Digitized by Google

tenze dei giudici, la riscossione dei proventi giudiziari e delle multe dai trasgressori delle leggi suntuarie (1). La giurisdizione criminale doveva per legge spettare alla Magna Curia che era ambulante, ma le maggiori città, Palermo, Messina, Catania, Siracusa, ecc., ebbero magistrati anche per le cause penali e ne ebbero altri per le prime appellazioni (2): così che non era più necessario ricorrere alla M. Curia. Dalle sentenze di questa come da quelle dei giudici delle prime appellazioni era dato ricorso al Giudice della regia Coscienza, che fu introdotto in Sicilia verso il 1320, al quale il re inviava le cause in cui per reclamo era invocata la decisione sovrana. Contemporaneamente fu abolito il modo di procedere per inquisizione, volendo che sempre nella azione criminale intervenisse l'accusatore, temendosi che i ricchi e i potenti comprassero dai giudici il silenzio se erano coinvolti in procedimento inquisitorio (3); e poichè ciò nemmeno era evitato nell'accusatorio, nel 1321 si vietò che accusatore e reo potessero senza licenza concordarsi nei reati punibili con morte ed esilio, ammessa la composizione solo nelle civili e per leggeri delitti (4).

Nella seconda metà del sec. XIV il potere giudiziario fu in quasi tutta l'isola, non esclusa la stessa città di Palermo, esercitato dai baroni, che ne avevano carpito l'esercizio o per concessioni o per usurpazioni: le stesse attribuzioni della Magna Curia erano passate a giudici locali nominati dai baroni. La giurisdizione volevasi da questi considerare come inerente al feudo, ereditaria come questo. Alfonso di Aragona cercò rivendicare al potere regio le prime appellazioni, istituendo giudici a Palermo, Messina, Catania, Siracusa, Trapani, a cui ricorrere per le sentenze pronunciate dai capitani nelle terre demaniali. Ma i Parlamenti male soffrendo ciò, supplicavano che fosse concesso ai capitani di conoscere di tutto inappellabilmente e di esercitare il mero e misto impero, che comprendeva il diritto della pena capitale, della mutilazione e deportazione. Il disordine nell'amministrazione della giustizia continuò fino al tempo di Carlo V,

(1) Cap. 36, 37, 38, 48, 104 regis Friderici, pag. 66 e segg., 71, 95.

(2) Cap. 5 regis Petri, an. 1325, pag. 121. Dipl. di re Federico del 1326, 1329 in De Vio, pag. 91-95. Per Palermo an. 1312, 1316, pag. 42, 56.

(3) Cap. 9, 10, 14 reg. Friderici, pag. 52, 54.

(4) Cap. 117 id., pag. 109.

Digitized by Google

al quale i Parlamenti del 1535 e 1546 riuniti a Palermo chiesero *riformar la giustizia*, riordinare la Gran Corte in cui era *confusa la negoziazione civile e criminale*, metter fine *alla dilatazione delle cause e ai travagli dei litiganti e delle spese*. Le riforme si limitarono a portare a sei il numero dei giudici che duravano in carica un biennio, a istituire un avvocato fiscale e un avvocato del real patrimonio, a disporre che l'esame delle cause fosse affidato a privati giureconsulti: in quest'occasione fu riformato il tribunale della Sacra regia coscienza, ossia quel giudice già da tempi antichi costituito il quale poteva rivedere le cause decise dal tribunale della G. Corte, da cui, non essendo altro superiore tribunale, si appellava alla Sacra coscienza del principe. Anche questo giudice, per richiesta del parlamento del 1446 doveva decidere coll'assistenza dei principali giuristi del regio Consiglio, i quali erano proposti dalle parti che, come allora si dicevano, *davano le tavole ai dottori*, ed erano poi nominati dal vicerè. Però nemmeno questo sistema dava sufficienti garanzie, poichè questi secondi eletti non osavano rivocare quello che avevano deciso i quattro giudici della G. Corte, che erano riputati *persone principali di dottrina e di autorità*, e il Parlamento del 1534 chiese che si creassero giudici del Concistoro che esaminassero le cause già decise dalla Gran Corte e portate alla Sacra coscienza (1). Così le riforme si volsero di preferenza ai tribunali supremi, perchè non era possibile strappare ai baroni la giurisdizione di cui si erano impadroniti. Le pene minacciate dai baroni che impedivano ai vassalli di appellare ai tribunali regi e che esercitavano le seconde appellazioni riservate alla M. Curia (2), erano dagli stessi re ritirate: così restarono ai baroni le appellazioni e le revisioni nel civile e criminale, purchè la Gran Corte ambulante non fosse presente sul luogo, nel qual caso dovevasi ad essa appellare (3). In conseguenza il mero e misto imperio cogli appelli fu nelle terre baronali, cioè in quasi tutta l'isola, escluse le maggiori città, esercitato dai baroni come loro privilegio, con giudici idioti o togati da essi nominati. Così la giurisdizione era tutta alienata ai baroni, ai

(1) MONGITORE, *Memorie dei Parlamenti*, I, pag. 199; cap. 2, 18, 366 reg. Alphonsi, vol. I, pag. 207, 212, 340; cap. 33 Ferdinandi II, vol. I, pag. 535.

(2) Pragm. di Alfonso, an. 1451, pag. 112.

(3) Cap. 457 regis Alphonsi, vol. I, pag. 384.

Digitized by Google

vescovi, che come signori laici erano eguagliati ai baroni, e come capi delle diocesi presiedevano al foro ecclesiastico.

27. Supremo tribunale per le cause di reclamo dalle sentenze della M. Curia era il concistoro di Sacra regia coscienza, composto di tre magistrati biennali ma in pratica a vita e del presidente con voto consultivo, in modo « che non si può decidere veruna causa se prima non si conferisce e non si vota innanzi di lui ». Le riunioni tenevansi nella casa di lui o, essendo impedito, in quella di uno dei giudici: e una Prammatica del 1740 regolava « il cerimoniale che debbon praticar i giudici col presidente... debbono andar a prenderlo sino alla metà del quarto di sua casa dove vestito di toga dà udienza e della medesima maniera nel lasciarlo al ritorno dal tribunale senza che il presidente abbia l'obbligazione di accompagnare i giudici fuori del suo quarto » (1). La riunione durava tre ore, una delle quali era consacrata ad ascoltare gli avvocati. La competenza del Concistoro regolata da Pramm. del 1631 fu da altri provvedimenti del 1723, 1730, 1748 estesa a tutte le controversie tra fisco e università, in materie di regalie: poi divenne il tribunale di appello dalle sentenze della Legazia apostolica (2) e da quelle dei Caricatoi per esportazione di frumento (3).

Altro tribunale istituito nel sec. XVII fu la R. Consulta adibita in origine alle cause di peculato e di alienazione di diritti e prerogative fiscali (4), poi sotto Carlo III e Ferdinando III destinata a controversie giurisdizionali fra le curie laicali e le ecclesiastiche, fra la Gran Corte e il tribunale dell'Inquisizione che spesso invadeva il campo dei tribunali laici avocando a sè le cause non pertinenti alla religione. Fu anche competente nell'accordare il *placet* e l'*exequatur* agli atti della Curia pontificia e della Legazia apostolica (5), nel dare pareri in materie economiche (6) e relative alla *tratta* dei grani e fu il tribunale di terza istanza per

(1) Siculae Sanctiones, I, pag. 250.

(2) Id., I, pag. 264; VIII, pag. 238: Dispaccio di Carlo III; an. 1745: Pragm. 6, § 68, tit. 11, vol. III, Cesine.

(3) Carlo III, an. 1748, Pragm. 2, tit. 31, vol. IV.

(4) Pragm. 1571, 1643, 1647; Pragm. 28, § 15; Pragm. 2, tit. 27, vol. III, Cesine; Sicul. Sanct., I, pag. 265 e segg., an. 1733: pag. 281, 442, 472.

(5) Id., I, pag. 281, 442; II, 503; VI, 239.

(6) Id., I, pag. 228, 285.

Digitized by Google

le sentenze pronunziate dall'Udienza di guerra [1]. Infine il vicerè *ex aequitate* poteva mandare ad esso in revisione le sentenze criminali pronunziate dalla Grande R. Curia.

Anche il supremo Consiglio d'Italia aveva funzioni giurisdizionali. Dopo la riforma di Carlo III restò costituito da un presidente scelto fra i membri della Deputazione del regno designata dai tre bracci del Parlamento siciliano, da un reggente napoletano e da un avvocato fiscale. La sua competenza era in tutti i negozi che erano deferiti « alla coscienza del principe assente », grazie, collazione di benefizi, nomine ad uffici, e nelle cause in cui le leggi concedevano l'implorazione del principe ». Nelle cause feudali, prima della pubblicazione della sentenza era permesso il ricorso al principe perchè deferisse la decisione al Supremo Consiglio d'Italia: tale ricorso sospendeva la pronuncia da parte dei giudici della Gran Curia per quattro mesi, scorsi i quali senza che sentenze fossero pronunciate, ritornava al giudizio della Gran Corte.

28. Anche in Sicilia esistevano l'Udienza di guerra, riformata nel 1728, il tribunale dell'Ammiragliato (quella per le cause dei militari, contro i pirati, ecc.; questo per le milizie di mare e pei marinai, venditori di pesce, costruttori di navi); il tribunale di commercio creato da Carlo III che così sostituì i Consoli dell'arte della seta e di altre corporazioni fino allora investiti della giustizia commerciale: e inoltre la Curia del Pretore a Palermo, del Patrizio a Catania, del Senatore a Siracusa, dello Stratigoto a Messina. E duravano ancora i maestri giurati nelle città, ai quali nel 1781 furono attribuiti poteri sull'annona, sui forestieri e le meretrici. Nel 1554 furono sostituiti i sollecitatori fiscali con funzioni giudiziarie che assistevano all'esame dei testi, raccoglievano le accuse, ordinavano gli arresti dei grandi rei. Nel 1369 fu creato l'avvocato dei poveri. Fino al sec. XVIII nelle città maggiori la giustizia era impartita dai capitani, nelle minori dai baiuli, nelle terre feudali dai giudici baronali. Tutti i giudici dovevano essere siciliani, non di vile condizione, nè rustici, e solo ai nobili erano riservate le cariche delle alte corti. La carica era temporanea, ma in pratica vitalizia. Non potevansi ricevere doni salvo le *candele* per studiar di notte. Erano corrisposti dallo Stato stipendio e trigesime dal perdente. Eran tutti sottoposti a sindacato [2].

---

(1) Id., II, pag. 98; V, pag. 7.

(2) Pel sindacato si nominava una commissione di 12 nobili: una Pramm.

Digitized by Google

Era pratica siciliana aggiungere come giudici due giuristi eletti dal vicerè su proposta dei litiganti.

Ma il privilegio turbava ogni regolare funzionamento della giustizia, in quanto che abbondavan le persone, come i poveri, le vedove, le vergini, gli orfani, aventi diritto a eleggere altri fori, quello del principe; tale facoltà godevano anche i Genovesi in Sicilia (1); o materie speciali, come le vendite *sub verbo regis* (2), erano devolute a speciali tribunali.

Riforme si ebbero sotto il vicerè Caracciolo, che soppresse le curie baronali e vietò alle R. Udienze spedire *lettere arbitrarie* colla formola « per motivi a noi ben noti » equivalente a nessuna motivazione. Con tutto ciò anche alla fine del sec. XVIII il *rito siculo* distinguevasi per durezza, e i Napoletani ne avvertivano l'inferiorità in confronto del loro, che pei tempi rappresentava il maggior progresso ottenuto in Europa. In Sicilia la cultura giuridica non uguagliava quella di Napoli, e lo riconosce lo stesso Scinà (3). Nelle curie locali sedevano giudici quasi ignari di diritto. Forse la maggior durezza e la illegalità nelle procedure, con abbreviazione di termini e sentenze inappellabili erano imposte dalla grande criminalità richiedente misure sommarie, giudizi subitanei *ad modum belli*. Solo nel secondo decennio del sec. XIX la Sicilia iniziò un'epoca nuova colla introduzione dei codici del 1819.

§ 9. *Sardegna.*

29. Sotto la dominazione spagnuola, il Vicerè era investito anche dei supremi poteri giudiziari, che esercitava per mezzo della Reale Audienza, non potendo terminare cause civili o cri-

---

di M. A. Colonna, 1582, de syndac. officialium, pag. 179, stabiliva la procedura da seguirsi; più tardi fu delegato ai giudici del S. R. Consiglio: Sicul. Sanctiones, II, pag. 82, e in parte il tribunale del r. patrimonio: id., III, pag. 3.

(1) Capit. Martini, 67; Alphonsi, 70, 77, I, pag. 184, 122, 129; Pragm. unica, § 4, tit. 12, vol. III.

(2) Così dicevansi le vendite (con *cautela di verbo regio* o con *lettera di perpetua salvaguardia*) di terre gravate di servitù, condominii, ipoteche, le quali ne restavano sciolte e libere, e ciò allo scopo di renderle commerciabili; v. TOMASSINO, *Le vendite col verbo regio*, Palermo 1859; SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8 ediz., 1921, pag. 510.

(3) *Prospetto della storia letteraria di Sicilia nel sec. XVIII*, Palermo, 1830, vol. III, c. 2.

Digitized by Google

minali senza il voto di essa [1]. Quindi l'Audienzia aveva competenza di ultima istanza. Per ogni causa nominavasi un relatore: un avvocato fiscale interveniva nelle cause criminali. Gli Auditori potevano mutare il loro voto, però prima della pubblicazione della sentenza, che doveva essere resa pubblica tre giorni dopo di essere pronunziata. *Playtos se concluyam y despaschen dentro de dos anos* [2]. Quest'Audienza si componeva di due Ruote: la criminale dicevasi anche Reale Consiglio o Sala di governo, di cui era capo il Vicerè che distribuiva le cause fra le due ruote. I giudici auditori acquistavano la nobiltà spagnola e, se per tre generazioni successive fosse continuato l'ufficio di giudice nella famiglia, questa acquistava di diritto la nobiltà *progressiva*. Uscendo da Cagliari, l'Auditore faceva cessare l'ufficio dei giudici minori e sulla sua parola poteva ordinare l'arresto di chiunque gli mancasse di rispetto.

Sotto il governo dei principi di Savoia fu conservata la reale Udienza e furono istituiti: la *Giunta del Razionale* che vigilava sui conti del patrimonio regio: il *giudice del Contenzioso* per le contese giurisdizionali fra l'autorità civile e l'ecclesiastica: il *tribunale del Vignero*, che giudicava le cause del minuto popolo, non però dei nobili: il tribunale economico del reggente, la Grande Cancelleria per affitti, salari, medici: il foro apostolico per gli appelli delle curie vescovili. Eranvi altri tribunali eccezionali pei militari, ministri, nobili e cavalieri dello Stamento. A Sassari vi era la *Reale Governazione del Logoduro* e il Tribunale dell'Inquisizione per conoscere delle eresie; a Iglesias un capitano eletto dal Comune; nelle altre città e ville giudici eletti dai feudatari, trattati come dipendenti o *creadi* dal signore, ignoranti, tenuti a pagare un canone per la carica e dati a ogni genere di concussioni e malversazioni.

Sovrastava a tutti i magistrati un supremo collegio residente a Torino; il Supremo real Collegio di Sardegna, composto di un presidente, di un reggente detto di *toga*, sardo, di un altro di *cappa e spada*, che era sempre un feudatario dell'isola, e di un certo numero di consiglieri, fra cui due sardi. Esso conosceva delle cause portate in via di supplicazione al re quando di già era stata udita la R. Udienza. Cessò nel 1847 come fu istituita a Torino la Corte di Cassazione.

---

(1) *Leyes y Pragm. reales del reyno de Sardena*, par F. De Vico, I, 32.
(2) Id., I, 1-19.

Digitized by Google

I giudici che sedevano nelle Corone sarde erano buoni uomini, giudici dell'uso, illetterati che sentenziavano secondo la coscienza delle anime, sotto la presidenza dell'ufficiale del luogo: e perchè il giudizio fosse valido dovevano essere in numero di 5 secondo la Carta de logu, in 7 secondo lo Statuto di Sassari (1). L'armentario doveva aver *consigiu con sos savios dessa corti e con alcunos dessos lieros dessa Corona chi pargiant sufficientis.* E il costume di interrogare *prodhombres e barbudos* continuò anche sotto la dominazione spagnuola (2): la quale riconosceva, è vero, ai luogotenenti generali che rappresentavano in Sardegna il re, i diritti e poteri giurisdizionali, tanto che potevano a sè avocare cause e deciderle come perchè erano investiti di quelle prerogative che sono riservate al sovrano. Però siccome *nostri locumtenentes generales in regno Sardinae non sunt litterati,* fu disposto che nessuna causa civile e criminale potessero decidere *absque consilio et voto regentis cancellariam et doctorum regiae audientiae* (3).

Ai *juratos de logu* era affidata la polizia locale: essi raccoglievano le prove, valutavano i danni, arrestavano i rei. Il *maiore* faceva da arbitro nelle cause civili pei villaggi. Nelle città vi era un giudice di nomina regia, assistito da un assessore detto vicario o podestà: e questo era alla sua volta assistito da probiviri.

---

(1) Carta de logu, 56, 71, 65, 122: Codice degli Statuti della rep. di Sassari, ed. TOLA, 1850, II, 17, 24. Codanghe di S. Pietro in Silki, n. 103, 105, 106 ecc., ed. BONAZZI, 1902; TUCCI, *L'organismo giudiziario secondo la corona;* id., *Giudici e leggi personali in Sardegna durante il periodo aragonese;* id., *Nuove ricerche e docum. sull'ordinamento giudiziario e sul processo sardo nel medioevo,* in *Arch. storico sardo,* XIV, XV, 1923, 1924.

(2) Prammat. sarda, VIII, 11.

(3) Id., I, 32.

Digitized by Google

CAPO IV.

Le giustizie feudali dopo il secolo XIII

1. Nel periodo di suo pieno sviluppo, inerente al feudo poteva essere la giurisdizione comitale cioè delegata al feudatario nella veste di pubblico funzionario, quella immunitaria patrimoniale sui suoi dipendenti, e infine la vera e propria feudale, la quale riassumeva le due ultime, proveniente immediatamente per titolo feudale dall'imperatore fonte di ogni giurisdizione o mediatamente da chi aveva causa da lui. *Jurisdictio et districtus quasi sinonima sunt*, dicevano le Consuet di Milano (24): il che vuol dire che tutti i signori feudali avevano diritto di tenere tribunali nelle loro terre: *districtus totius lamentationis cum banno* (1).

Le vicende della giurisdizione comitale sono già state illustrate al capo IX, parte I: il posto dei signori laici ed ecclesiastici che avevano dai re e imperatori ottenuto l'esercizio di tutti i poteri su città e contadi, *omnia iudicia agere velut palatino comite* (2), fu preso dai Consoli dei municipi lombardi e toscani. I più potenti signori si ritirarono nei loro feudi, e dai castelli muniti contrastarono al Comune, continuando a tener tribunali sulle terre infeudate e patrimoniali. Queste giustizie feudali, che segnano una pagina speciale nella storia dei nostri ordinamenti giudiziari, ebbero vita più o meno lunga e pacifica in tutte le parti d'Italia, ma specialmente nel Piemonte, nel Friuli e nel Tirolo, e con diverso aspetto nel regno di Napoli, Sicilia e Sardegna. In Lombardia e in Toscana parte della storia comunale è costituita dalle lotte delle città per affermare la giurisdizione su tutto il distretto

(1) I signori di Calasco, an. 1130: GIULINI, III, 196.
(2) *Hist. p. Monum., Chartar.*, II, 104.

Digitized by Google

privandone i feudatari. Così il comune di Reggio Emilia dal 1173 al 1202 sottometteva colla forza uno dopo l'altro i signori del suo distretto, e il vescovo si obbligava ad accettare nei suoi feudi la giustizia cittadina (1): quello di Volterra riconosceva al vescovo l'esercizio di alcuni diritti ma non quello della giustizia sulle terre che teneva in feudo (2): il vescovo di Bergamo rinunziò al Comune il diritto di imporre *ullam percussionem nec occisionem corporis neque res tollere* e di pretendere tributi *pro pane, vino, annona*, e solo *propter nuptias et sponsalias* (3). In altri luoghi questa materia fu oggetto di transazioni: così i vescovi di Parma e Vercelli rinunziarono ai loro diritti sulle città ma ebbero in cambio riconosciuto il diritto di giudicare i dipendenti residenti nei beni dell'episcopio (4); e in virtù di convenzioni coi rispettivi Comuni, al momento di accettare la signoria popolare sulle città, eguali facoltà ottennero i vescovi di Piacenza, Asti, Verona, Lucca (5). Più fortunati nel conservare qualche cosa degli antichi privilegi furono, in confronto dei signori laici, per lo più i vescovi, alcuni dei quali, oltre l'investitura dei consoli (6), l'esercizio della polizia annonaria sulla città stessa (7), salvarono le loro giustizie feudali, perdendo soltanto le comitali: però altri perdettero le une e le altre (8). Certo anche tali accordi ebbero vita incerta e davan pretesti a liti: non era agevole accordarsi sui limiti di spazio e di competenze (9). Il Comune vi scorgeva

(1) TACCOLI, *Memorie st. di Reggio*, II, pag. 431; III, pag. 355, 351, 366, 372, 405, 427.

(2) CECINA, *Notizie di Volterra*, 1758, pag. 150. Dai doc. pubbl. dal SCHNEIDER, *Regestum volterranum*, n. 240, 247, 252, 267, 268 risultano controversie fra il Comune e i feudatari e rinunzie di questi ai loro privilegi giudiziari.

(3) UGHELLI, IV, 444.

(4) MANDELLI, I, pag. 3, 179, 180; CAMPI, *Storia di Piacenza*, II, 358, an. 1162.

(5) Per Piacenza: BOSELLI, *Storie piacent.*, I, 337; per Asti: MORIONDI, n. 302, an. 1351; per Verona: BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, lib. V, parte I, pag. 106, an. 1183; per Lucca: *Mem. e doc.*, IV, pag. 132. Per altri luoghi: GIULINI, IV, 321, 433, 661; MITTARELLI, IV, 407; RUBEIS, *Mon. eccl. aquileiens*, pag. 497, an. 1232.

(6) Così a Vercelli: MORIONDI, I, 273.

(7) Così a Parma e ad Asti: CAMPI, II, 359; MORIONDI, n. 302.

(8) Così il vescovo di Como: ROVELLI, *Storia di Como*, II, 349, 358; di Pistoia: UGHELLI, III, 299; di Cremona: STUMPF, *Acta imperii*, n. 146, 156.

(9) Controversie pei limiti delle giurisdizioni feudali fra il vescovo di Vercelli e il Comune di Casale in CONTI, *Notizie della città di Casale*, I,

Digitized by Google

una diminuzione della sua sovranità, un ostacolo alla sua espansione.

Del resto l'attrazione del tribunale consolare era ormai sentita dalle stesse popolazioni rurali, insofferenti delle signorie feudali (1), spesso in ribellione, contro feudatari impotenti nè più protetti dall'imperatore lontano a cui questi indarno si rivolgevano (2).

Segni del nuovo spirito di libertà che aleggia nell'Alta Italia si avvertono fino dal Sec. XII, e le città ormai di fatto indipendenti lo incitano, e tendono in tutti i modi ad estendere il potere dei Consoli a danno delle giustizie feudali (3). Nel 1158 gli abitanti di Merate volevano sottrarsi alla giurisdizione del monastero (4), quelli di Cremella avevano già nominato i loro consoli e giudici (5). La corte di Limonta era da decenni in lite per governarsi da sè (6). Ancora le storie della Marca Trivigiana (7), del Canavese (8), di Vercelli, ecc. nonchè di Toscana (9) riferiscono episodi di queste lotte dei rustici per governarsi da sè. Il movimento che erasi iniziato nel Milanese fino dai primi anni del sec. XI, a poco a poco si comunicò agli altri territori dell'Italia settentrionale; e la nomina di consoli propri voleva significare fine delle giustizie feudali.

37; ZACCARIA, *Anecdota m. aevi*, 353; fra il vescovo e Comune di Firenze e quelle fra vescovo e Comune di Parma in LAMI, *Monum. eccl. flor.*, 869, 870; AFFÒ, II, n. 69, 76, 89; III, 49. Altre controversie in TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, 526, an. 1353; in GIULINI, IV, 433, an. 1246.

(1) Vedi le prove in FRISI, *Mem. di Monza*, II, n. 58, e in MANDELLI I, 177-180, an. 1236.

(2) Ricorsi per ciò all'imperatore in VERCI, *Marca Trevig.*, I, n. 32 e 38, an. 1184; FICKER, n. 234; al papa: VERCI, I, n. 49, 50; III, n. 314, 400; GIULINI, IV, 433, an. 1246.

(3) Ciò risulta dai doc. in SCHNEIDER, *Regestum senense*, n. 240 an. 1168, n. 361, 390, 510, 518 an. 1193 al 1213. Lo stesso sviluppo di fatti notasi a Mantova (TORELLI, *Regesto mantovano*, n. 414, 460, 557, 587 an. 1183 al 1197. Vedi per Firenze DAVIDSOHN, *Forschungen*, IV., 3.

(4) MURATORI, IV, 39.

(5) GIULINI, IV, 342.

(6) Id., I, 162, 423.

(7) VERCI, *Storia degli Eccellini*, III, 531.

(8) Vedi i doc. in GABOTTO, *Regesto del libro del Comune di Ivrea*, e ASSANDRIA, id. n. 12, 207. 179. nella *Bibliot. d. Società stor. subalp.* vol. VI e LXXIV., cfr. anche GABOTTO, *Un millenio di storia eporediense* pag. 85, 173.

(9) CAGGESE, *Classi e Comuni rurali nel medioevo italiano*, 2 vol., 1907-9.

Digitized by Google

Dopo il sec. XIII si accelera la scomparsa di queste giustizie, o per rinunzie, o accordi o soppressione violenta. Nel 1243 il vescovo di Vercelli fece vendita al Comune *de omni iurisdictione quam habet ecclesia in castris et villis et locis et terris et hominibus spectantibus ad ipsam eccl. in causis civ. et crimin.*; e si riservò solo gli atti di giurisdizione volontaria (1): quello di Tortona cedette per lieve canone un suo castello *cum districtu et palatio* (2), quello di Modena nel 1227 si rassegnò a una parziale giustizia sui suoi *famuli, servitores et familia*, ma senza il *bannum sanguinis* riservate al podestà (3): quello di Como accettò sopra i suoi beni la giurisdizione consolare concorrente colla sua (4). E se la feudale era accordata, valeva solo per le contravvenzioni e per la polizia sui rustici (5).

2. Altra fine incontrarono queste giustizie feudali per confusione quando i signori subinfeudarono i loro beni al Comune stesso o a un feudatario maggiore. Questa in parte fu l'origine della potenza di Casa d'Este, dei duchi di Toscana, dei Romano ecc. che assorbirono i feudi coi relativi *honores et districtus* (6). In quegli infeudamenti il piccolo signore si assicurava protezione, e riesciva anche a farsi riconoscere qualche potere giurisdizionale sopra altri feudi che si era riservato (7), per es. di tener placito una o due volte l'anno (8), di *distringere* i villani però *sine effusione sanguinis* (9). Le storie municipali abbondano di documenti attestanti cessioni gratuite o vendite forzose di queste giustizie da parte dei feudatari ai Comuni (10), e i modi violenti per soppri-

(1) MANDELLI, I, 247.

(2) SALICE, *Annali di Tortona*, 1874, pag. 497.

(3) TIRABOSCHI, *Modena*, IV, n. 773.

(4) UGHELLI, V, 291.

(5) MANDELLI, I, 248.

(6) MURATORI, *Antichità estensi*, II, 85; FICKER, IV, 189, an. 1195, e 165, an. 1186.

(7) VERCI, I, n. 22; II, n. 79, 191; III, n. 225; V, n. 487; UGHELLI, V, 531, 794; VIGNATI, *Codice dipl. laudense*, 115.

(8) VERCI, I, n. 22.

(9) VIGNATI, 115: MITTARELLI, V, 230; MORIONDI, n. 139, an. 1210.

(10) Il Comune di Monza obbligò i proprietari di giustizie a venderle: FRISI, II, 143, an. 1255; e così fecero Parma, Modena, Reggio, Como, Tortona; ROVELLI, *Storia di Como*, II, 371; COSTA, *Cartular. derton.*, pag. 119, an. 1210; GIULINI, IV, 321. I giudici dei Comuni entravano nelle signorie private dichiarando che i residenti avevano chiesta la protezione della città,

Digitized by Google

merle, qua mettendo taglie e fodri (1), là *famulos ad placitum trahunt et nunquam a vinculis exsolvunt nisi pretio redimatur*, incarcerando gli ufficiali feudali e tanta gente mandando nelle ville *pro occasione iudiciorum* da distruggere e consumare tutti gli averi degli abitanti (2): altrove invadendo la signoria, innalzandovi le assisie e giudicando come in casa propria oppure pretendendo dal giudice del signore il pagamento di una parte dei banni, come per la licenza accordatagli di placitare (3). Pochi quelli che avevano riconosciuto dai Comuni vicini il diritto di giudicare i dipendenti anche in caso *de furto, de adulterio atque testa rottura* (4) o *pro homicidio, periurio, furto, adulterio uxoris alterius sive parentis, pro tradimento, pro pugna legalis iudicii, pro vindicta assalti* (5); più fortunati ancora quelli che riescivano a conservare il giudizio delle cause civili e degli appelli (6).

3. La costituzione dei *borghi franchi* fu altro dei modi per cui venne a scomparire la giurisdizione patrimoniale e feudale. Nella lotta contro i grandi feudatari laici ed ecclesiastici i Comuni ricorrevano all'arme di sciogliere le terre feudali da ogni obbligo verso il signore, dichiarandole libere ed immuni, vietando al detto signore di esercitarvi il mero e misto impero e tener tribunale, e nel posto di quella signoriale instauravano la giustizia del podestà (7): sotto il quale gli abitanti dovevano *facere rationem de contractibus seu de maleficiis* (8): e il signore che aveva avuto *homines in iurisdictione seu in districtu vel aliquas personas habitantes super suis sediminibus seu terras non possit exercere imperium, iurisdictionem, honorem vel districtum* (9). Vero è che qualche volta questi borghi franchi, come anche alcuni comuni rurali mantennero rapporti di dipendenza coi loro antichi si-

---

ne avevano ottenuta la cittadinanza, essendo angariati oltre le consuetudini, che fra l'altro stabilivano il numero dei placiti: FICKER, IV, n. 199; BOSELLI, *Chiesa di Trento*, II, 533, an. 1220.

(1) FICKER, IV, n. 160, 166, 172, an. 1185-1187; n. 287, an. 1210.

(2) Id., IV, n. 82, an. 1081.

(3) Id., IV, n. 166, an. 1186.

(4) LUPI, II, 909, an. 1120.

(5) Questi diritti si riservavano i conti di Biandrate nel 1093: *Hist. patriae monum., Chartar.*, I, 708.

(6) GIULINI, IV, 126.

(7) MANDELLI, II, 186, 194; an. 1210, 1244.

(8) an. 1217: id., II, 202.

(9) an. 1341: id., II, 219.

Digitized by Google

gnori (1): ma a tali rapporti per es. diede colpo decisivo il Comune di Milano quando nel 1272 davanti al Consiglio generale degli Ottocento fece giurare il Podestà che avrebbe costretto quanti entro il circuito di dieci miglia della città esercitavano giurisdizione che non avrebbero più tenuto alcun giudizio nè più decisa alcuna causa (2). E in tal senso furono concepiti l'ordine inserito negli Statuti di Bologna del 1245 pel quale in tutte le terre del vescovo dovevano giudicare gli officiali del Comune (3), e l'altra disposizione degli Statuti di Modena del sec. XIV: *nullus potens vel clericus vel laicus praesumat cognoscere de aliqua causa civili vel criminali... nec sententiam dare laudum vel arbitramentum... Sed omnes de civitate Mutine vel districtus debeant venire coram officialibus Com. Mutine ad ius petendum tam in civili quam in criminali* (4). E incorrevano in pene quelli che vi avessero contravvenuto. E con queste misure il Comune affermò la sua sovranità sopra tutto il distretto.

4. Nel Piemonte le giustizie feudali ebbero lunga vita: nel territorio di Aosta erano ancora in vigore nel sec. XV (5); l'abate di Susa le esercitava sopra i suoi uomini (6), e così i signori di Ivrea, ecc. (7). Solo nel corso del sec. XVI Casa di Savoia iniziò una politica antifeudale, ma non completa, perchè anche nel 1756 riconoscevasi ai feudatari di Novara e Vigevano il diritto della cognizione delle cause civili e criminali entro i loro territori per mezzo dei loro giusdicenti, senza che potesse prendere con essi conoscenza il maggior magistrato (8). Fu soltanto nel 1770 che

(1) GIULINI, IV, 368.

(2) GIULINI, IV, 604, an. 1148.

(3) *Statuti di Bologna*, ed. FRATI, lib. X, rub. 59, pag. 141.

(4) *Stat. civ. Mutinae*, ed. CAMPORI, lib. IV, rub. 234, pag. 512.

(5) Regolam. di giustizia dato alla città di Aosta da Tomaso I, 1206, in *Miscellanea di storia ital.*, XXIII, 1884, pag. 283.

(6) an. 1245: *Hist. p. Mon. Leges*, pag. 13.

(7) Da doc. public. da GABOTTO, *Carte del vesc. di Ivrea*, I, n. 60, 64, 65 an. 1211 risulta che il vescovo di Ivrea signore della città fu in aperta lotta contro i feudatari per privarli dei loro privilegi, non altrimenti di quello che facevano i Comuni lombardi. E su queste lotte vedi anche lo stesso GABOTTO, *Storia del Piemonte nella prima metà del sec. XIV*. Notizie sulle vicende delle giurisdizioni dei singoli feudi trovansi in GUASCO, *Dizionario feudale degli antichi Stati Sardi e di Lombardia*.

(8) Editto di Emanuele Filiberto, 1561; Decreta ducum Sabaudiae, Amedeo VIII, pag. 18.

Digitized by Google

venne sancito che le cause fra vassalli e vassalli e fra essi e i loro sudditi non si trattassero davanti i giudici dei loro feudi ma avanti i prefetti regi (1).

In Sardegna, ove in mano dei feudatari era quasi tutto il territorio, e la dominazione spagnuola aveva loro riconosciuto una posizione privilegiata, era da essi esercitata la bassa giustizia: così ogni terra feudale aveva il suo tribunale. Non avevano i baroni sardi il diritto di perdonare la pena. I maggiori reati anche avvenuti in terre baronali erano di competenza regia. Giudicavano le cause civili, ma l'appello era alla R. Audienza (2). Solo colla legge 1 giugno 1839 scomparve ogni traccia di giustizie feudali.

5. Nelle regioni alpine orientali queste durarono anche sotto la dominazione veneta e austriaca. I vescovi di Verona, Trento, Padova, Ceneda, il patriarca di Aquileia tenevano tribunali circondati da militi, presiedevan le curie dei vassalli e dei pari, avevan carceri, alzavano forche (3), diritti riconosciuti anche dal Comune di Padova (1236) che interveniva se i vassalli del vescovo si rifiutavano presentarsi al tribunale di questo (4): i minori vassalli pretendevano tener assise nei loro feudi, sotto pretesto di avvocazia, contrastando non solo le prerogative del patriarca intorno ad un suo esclusivo *iudicium sanguinis*, ma anche il diritto dei podestà imperiali (5). E riconobbe ancora tali giustizie feudali una legge veneta del 1436 secondo la quale *cognoscere causas delicti spectat dominis nobilibus... salvo iure appellationis ad locumtenentem* (6). Solo nel 1581 la Repubblica Serenissima volle esaminare i titoli per l'esercizio della prima istanza, abolendo le seconde e terze (7), e solo nella seconda metà del secolo XVIII abolì anche la prima.

Al tempo delle Signorie nuove concessioni feudali si ebbero colle relative giustizie: ne concessero i Visconti, gli Estensi (8):

---

(1) Costit. piemont., 1770, lib. II, tit. IV.

(2) *Leyes y Pragm.*, ed. VICO, VIII, 17; IX, 15; XVIII, 1-8.

(3) Questi vescovi giudicavano *Consilio vassallorum curiae*; an. 1210, per Trento: *Codex wangianus*, n. 85; an. 1233: VERCI, 76, 77; an. 1152: DONDI DELL'OROLOGIO, *Chiesa di Padova*, VI, 16.

(4) Stat. di Padova, ed. GLORIA, n. 464.

(5) an. 1238: KANDLER, *Cod. dipl. dell'Istria*; FICKER, IV, n. 365.

(6) Codice feudale della rep. di Venezia, pag. 5.

(7) Id., pag. 76, 239.

(8) Pei Visconti: GIULINI, V, 449; per gli Estensi: MORBIO, *Storia dei municipii ital.*, I, 95; Statuti e leggi pel marchesato di Vignola, 1877.

Digitized by Google

nuove investiture fecero gli imperatori lontani, e i giuristi insegnavano che la giurisdizione si acquista per prescrizione e per consuetudine, che la vendita di feudo *in quo sunt erectae furcae*, dava diritto all'acquirente di esercitarvi il *merum et mixtum* (1). Così fu possibile anche in epoca tarda la continuazione di questi tribunali con carattere patrimoniale, di una giustizia cioè inerente alla proprietà (2).

6. Nell'Italia meridionale e nelle isole il feudo pose radici profonde con tutte le sue prepotenze e tristi conseguenze. L'amministrazione della giustizia che i re normanni avevano delegata ai baroni in Sicilia, non tardò da questi a essere pretesa come diritto ereditario (3); i re salvarono la prerogativa sovrana riservando a sè le cause di reati puniti con pena di sangue (4); concetto più efficacemente proclamato da Federico II, che considerò i baroni pubblici ufficiali delegati, e dispose che la giustizia non potesse trasmettersi per eredità se non per volere del re e che non fosse inerente alla concessione feudale (5): al più i baroni potevano avere la bassa giustizia, quella dei baiuli: furono però riconosciute le corti dei pari nelle cause fra baroni, corti soppresse poi dagli Aragonesi, che ne affidarono l'esame al S. R. Consiglio (6).

La politica ostile al baronaggio finì sotto gli Angioini prima,

---

(1) BALDUS, in l. a procurat., Cod. mandati I, 15; ALESS. TARTAGNA, in l. 3 de iurisdict. omnium iudic. Cod. III, 13.

(2) Lo Stat. di Lucca, 1539, I, 143, riconosceva al vescovo e al capitolo la giurisdizione temporale nei loro territori *ratione contractus vel quasi, delicti, vel quasi*, con diritto di punire: in cambio il vescovo rinunciava al foro ecclesiastico. Cessò interamente nel 1686, 1698: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 132. A Firenze anche tardi i *famuli* del vescovo godevano privilegi procedurali. In Piemonte anche alla fine del sec. XVII trovansi vendite di diritti giurisdizionali: vedi Usi e costumi di terre feudali in *Miscell. di storia ital.*, XXIII, pag. 85, an. 1697, 1729; e gli statuti del CANAVESE public. da FROLA, *Corpus stat. Conavisii*, 3 vol.

(3) Sotto i Normanni sono eccezionali le concessioni di mero e misto: si argomenta dal dipl. an. 1121, in *Arch. neapol. monum.*, 582.

(4) PIRRI, *Sicilia sacra*, I, 1021, 1039-1047; *Arch. neap.*, app. 21.

(5) Const. regni Siciliae, I, 8, 41, 58, 70, 85; II, 18; III, 42. Egli infatti privò l'abate di Montecassino del *ius sanguinis*, che pure esercitava in virtù di diploma imperiale (HUILLARD-BRÉHOLLES, *Hist. dipl. Friderici II*, II, 83); e nel 1266 ne fu privato anche il vescovo di Catania (PIRRI, I, 535). Nel Parlamento di Lentini, 1233, si punirono i baroni che avevano esercitato arbitrariamente funzioni giudiziarie.

(6) Pragm. 3, 36, 37 de officio S. R. Cons.

Digitized by Google

poi sotto gli Aragonesi, che lo reintegrarono in tutti i privilegi, autorizzandolo a esercitare la bassa giustizia sempre, e per concessione l'alta cioè giudicare i crimini e alzare le forche. Il disordine che ne seguì fu tale che Federico I nel 1459 e 1468 cercò ritornare in possesso della giustizia e restituire alla Corte della Vicaria le cause criminali e ai giustizieri provinciali gli appelli: tentativi per lo più inefficaci, malgrado le doglianze delle popolazioni che invocavano di essere conservate in regio demanio, di non essere infeudate, di essere giudicate al pubblico tribunale: perchè, dice Matteo de Afflictis, « i baroni si diportano da re nelle loro terre e il vero sovrano è solo tale di nome ». Con queste giustizie feudali la legge non era applicata; le assoluzioni si compravano, la delinquenza e il brigantaggio erano spaventosi, i banditi erano al servizio di questi giudici, satelliti delle corti baronali. Carlo V nel 1536 intervenne proibendo ai baroni di esercitare il mero e misto, vietando la vendita degli uffici, sottoponendo tutti i pubblici funzionari a sindacato. Filippo II, 1559, condannò i baroni che tenevano « asprissime carceri di fosse sotto terra » allo scopo di smungere dai rei grosse composizioni. Con queste e altre misure non erano però abolite le giurisdizioni feudali, malgrado la supplica presentata nei parlamenti del 1503, 1504, 1531, 1550, 1586: che anzi i Vicerè inclinarono a favorirle; e i baroni ottennero riconferma dei loro diritti nel 1589, 1600, 1607 e nel 1621 dal Cardinal Zapata (1).

7. Nei capitoli o statuti di terre feudali del Napoletano del secolo XVI e XVII leggesi come il signore avesse competenza civile e criminale in prima istanza e in appello, creasse il *mastro il quale possa esercitare la giurisditione civile, criminale et mista con lo mero et misti impero in quo venit imponenda poena mortis naturalis vel civilis aut membri abscissionis* (2).

Nemmeno il governo dei Borboni a Napoli contrariò la giurisdizione baronale: infatti Carlo III che nel 1738 l'aveva ristretta, nel 1744 la riconfermò, autorizzò i baroni di cui riconosceva i ser-

(1) Vanno ricordate le seguenti Prammatiche: Pragm. 6, 8, 19, *de baronibus et comm. officio* tit. 29 di Carlo V., 1536, che non abusino nel punire e nel condonare le pene: che non esercitino giustizia se non ne hanno legittimo possesso: non tengano carceri oscure: non deroghino alle pene al diritto comune, alle leggi del Regno: tomo I, pag. 337 e segg.

(2) Capitoli di Cerreto, Palma, Sarno, ecc., in ALIANELLI, *Statuti dell'Italia meridion.*, pag. 135, 197, 203, 207, 211, 248, 274.

Digitized by Google

vizi allo Stato, a rimettere le pene e disse « essere volontà reale non pregiudicare la giurisdizione dei baroni ma piuttosto accrescerla e ampliarla ove non vi sia pregiudizio della sicurezza e della giustizia dei sudditi ». Solo vietava l'asilo ai requisiti di omicidio e di adibire questi a bargelli e a guardiani: e ordinava che pei reati di omicidio fossero solo competenti le regie Udienze (1).

Anche sotto Ferdinando II furono concessi feudi col mero e misto, e solo nel 1769 una Prammatica limitò il numero degli armigeri a servizio della giustizia baronale; e nel 1773 si privò un barone della facoltà di giudicare, causa le vessazioni onde si era reso colpevole. Si dovè arrivare alla legge del 2 agosto 1806 abolitiva della feudalità che proclamò: « Tutte le giurisdizioni sinora baronali... sono reintegrate alla sovranità dalla quale sono inseparabili. Di tutte le giurisdizioni, diritti di portolania, bagliva, zecca, di pesi e misura, scannaggio e simili, possedute finora da molte università del Regno, ne sarà l'esercizio in nostro nome. Quelle possedute dai possessori dei feudi, saranno anche date alle rispettive università e ne pagheranno a titolo di annualità quella somma che i possessori attualmente percepiscóno ». Poi con legge 22 marzo 1808, sulla giurisdizione di polizia e sulla giustizia correzionale, tutti gli uffici giurisdizionali di annona, bagliva, portolania, zecca e catapania, furono aboliti e trasfusi nella giurisdizione ordinaria dei Giudici di Pace. In conseguenza venne a cessare l'esercizio di ogni diritto derivante dai corpi o uffici suddetti che dai Comuni si conservavano per titolo ad essi direttamente spettanti od in nome degli ex-feudatari.

8. In Sicilia gli Aragonesi continuarono la politica di Federico II in materia sifatta, e Federico I di Aragona inibì ai baroni di esercitare la giurisdizione criminale con qualsivoglia concessione (2). Poi qualche privilegio fu accordato (3): e ciò aprì la via all'abuso, che in seguito divenne consuetudine, nelle concessioni feudali trasmettendosi anche l'esercizio del mero e misto: e si può dire che in Sicilia tutti i baroni ebbero la giurisdizione sui loro feudi, nello stesso tempo che sulle terre e città demaniali

(1) La Pramm. di Carlo III, 1738 fu revocata nel 1744: in questa occasione furono ripristinati i privilegi anteriori. Così fu anche di quella di Carlo V; e così fu ridato ai baroni il diritto di *malefactores et delinquentes punire*.

(2) GREGORIO, *Biblioth. scriptor. aragon.*, II, 525.

(3) Id., II, 520.

Digitized by Google

esercitavano la giurisdizione civile e criminale come pubblici ufficiali, cioè come capitani a guerra, carica creata in quei tempi [1]. In tal caso le popolazioni erano sottratte alle magistrature regie e stavano sotto il giustiziero luogotenente del barone e suo governatore generale, che sedeva in curia assistito da notaro e da giudice assessore. Dalle sentenze di queste curie si appellava alla Magna Curia o alla Corona reale. Peggio ancora avvenne nel periodo di anarchia della seconda metà del sec. XIV quando i baroni si divisero il governo delle città e terre regie e tutti furono *capitani a guerra con la cognitione delle cause criminali*, cui aggregavasi espressamente l'ufficio della castellania del luogo [2]; ed ottennero di nominare un giudice che rappresentasse la stessa autorità della Magna Curia, cioè avesse la facoltà di giudicare in appello, ritenendosi che quanto avesse quegli deciso dovesse essere riputato a valere *tamquam si a iudicibus Magnae regiae Curiae actum esset* [3]. Così fu costituita coll'approvazione sovrana un'autorità suprema e inappellabile nominata dal barone per tutti i luoghi dei suoi governi e dei suoi territori feudali.

Al tempo di re Alfonso supplicarono i baroni siciliani *che si degni concedere alli prelati, baroni aventi mero misto imperio impune possint parte tamen remictente componere remettere et perdonare ogni delitto, praeterquam de morte... iuxta eorum arbitrium.* E Alfonso (c. 490) accordava. Ancora li stessi prelati e baroni aventi il mero e misto ma non « la seconda appellazione *nec etiam* la revisione delle cause », osservando che *l'officiali disampacchiano le cause minime nelle quali non accade appellatione et per ogni causa fanno si che sì debba aver recorso al Vicerè via revisionis*, chiedevano che tutte le revisioni fossero lasciate ai baroni stessi. E Alfonso (c. 493) accordava.

La legislazione alfonsina accogliendo tutte le grazie chieste dai baroni, mise questi in possesso dei maggiori diritti della regalità; e ad essa si richiamavano i baroni quando pretendevano *procedere modo palatino, furcas erigere, habere primum et secundum iudicium, facere gratias* [4].

---

(1) Id., II, 287.

(2) Id., an. 1297, 1308, *Biblioth. aragon.*, II, 520, 537.

(3) GREGORIO, *Bibliot. delle memorie aragonesi*, pag. 487; an. 1361, pag. 526.

(4) MUTA, *Capit. regni Siciliae*, vol. IV, pag. 57, Palermo, 1625.

Digitized by Google

Sotto re Martino la giurisdizione dei baroni fu assai limitata e la criminale fu lasciata a quei baroni che l'avessero regolarmente ottenuta (1) o a cui lo stesso Martino la concesse (2): ma appunto pel carattere pubblico di tale giurisdizione quel re dichiarò le sentenze dei baroni appellabili alla Magna Curia (3). I di lui successori repressero altre usurpazioni giurisdizionali, specie in materia di appelli, in cui potevano decidere solo in cause di limitato valore, riservando ancora interporre gravame alla Magna Curia (4). E quantunque le concessioni non finissero (5), pure restò la regola che il mero impero fosse del potere pubblico, il quale anche durante la dominazione spagnola lo custodì vigorosamente, resistendo alle istanze dei Signori (6). Però la sete e il bisogno di denaro indussero il malgoverno spagnolo a vendere ai baroni che ne erano privi l'alta giustizia.

Al secolo XV quasi tutti i baroni avevano ricevuto il diritto di amministrare giustizia civile e criminale nei loro vassallaggi, e vollero per di più una dichiarazione dal sovrano che il mero e misto impero fosse diritto inerente alla signoria e alla qualità di barone; e nel Parlamento del 1515, 1520, 1548, allegando che « per esperienza l'amministrazione della giustizia riesciva più regolata dove i baroni avevano diritto di mero imperio », offrirono la somma di quanto il fisco incassava per l'esercizio del mero imperio per ottenere *l'omnimoda giurisdizione alta e bassa e remissione di foro*, promettendo *onesto e condecente servizio meglio che gli altri uffiziali i quali non erano sul luogo del delitto* (7). La risposta non fu favorevole, e così rimase almeno nominalmente principio del diritto pubblico siciliano non essere la giustizia inerente al feudo nè patrimoniale nè ereditario, ma derivare da libera ed espressa e speciale concessione del principe. In questo senso si estese in tutta l'isola, fatta eccezione per le maggiori città, la giustizia

(1) Id., II, 287.

(2) GREGORIO, *Consideraz. sul dir. publ. siciliano*, VI, 5.

(3) Capit. Martini, 10, ed. TESTA, I, 144.

(4) Capit. Alfonsi, I, 457, 493, ed. TESTA, I, 384, 402.

(5) PIRRI, 422, 855.

(6) I baroni chiesero il mero imperio a Ferdinando il Cattolico, 1515; a Carlo V, 1520, 548; a Filippo I, 1585. Vedi Capit. 126 di Ferdinando, 20 e 234 di Carlo V, 94 di Filippo I (TESTA, I, 596; II, 137, 298).

(7) Cap. 126 reg. Ferdinandi II; cap. 20 e 234 reg. Caroli I imper.: vol. I, pag. 596; II, pag. 16, 197; cap. 64 reg. Iohan.: vol. I, pag. 464.

Digitized by Google

baronale. In ogni terra feudale il potere giudiziario era esercitato dal capitano assistito dai giudici eletti dal barone. La competenza era regolata dalle carte di concessione: quindi dove per le civili fino a una certa somma e per le criminali pei delitti punibili con pena pecuniaria o di relegazione: dove senza limite di somma e con pene corporali: dove col diritto delle appellazioni al giudice del barone, dove coll'appello al tribunale della Gran Corte. Ma nel 1610 i baroni ottennero quello che avevano negato Carlo V e Filippo II (1), perchè il 13 settembre 1610 Filippo III permise di potersi vendere il mero e misto impero. D'allora tutti i baroni acquistarono il diritto di amministrare la giurisdizione criminale o per compra o per privilegio. Si notò subito che « le più misere e vessate popolazioni erano quelle in cui il barone ha il diritto del mero e misto impero, il quale permettesi esigere tanto che resta a quelle appena tempo e luogo di respirare. Esse soffrono e tacciono per timore di peggio. Incredibile è l'inettitudine dei giuristi deputati a giudici, i quali conculcano la patria e le comuni leggi e cospirano contro la vita degli uomini, straziano gli innocenti per gratificare il barone: e da molti processi si scorge che le sentenze con le quali toglievasi la vita a innocenti o si condannano alle galee, dovrebbonsi revocare e annullare » (2).

In queste curie il giudice era nominato dal barone, ed era o un giurista o un cosidetto idiota, e in tal caso doveva essere assistito da *probiviri*. Al barone andavano i proventi della giustizia: egli aveva carceri, le quali, consistendo in orridi sotterranei, nel 1559 fu disposto per la costruzione di nuove e comode (3); ne fu investito il S. R. Consiglio perchè vigilasse sopra di esse. Dai baroni si pretendeva che le Università sostenessero le spese, che i carcerati si mantenessero da sè e che il barone anzi riscuotesse una somma per ogni carcerato. A tali domande dal governo fu risposto in favore dei baroni e fu tollerato che le carceri potessero anche restare sotterra « quando concorrevano urgentissime cause » (4). I giuristi napoletani molto scrissero sulla giuri-

(1) Capit. regni Siciliae sub Philippo II regno, cap. 89, pag. 295; cap. 94, pag. 298.

(2) CUTELLI, *Codex siculus*, pag. 323, 324.

(3) Pragm. de baronibus, 19, 20, 21.

(4) Vedi i commenti a detta pramm. di ROVITO e MARADEI.

Digitized by Google

sdizione feudale baronale [1], perchè, mancando ai governi la forza di sopprimerle davanti ai lamenti delle popolazioni, affidavano ai giuristi la cura di almeno limitarla nella competenza e di sottoporla alla vigilanza delle supreme corti di Napoli e Palermo.

---

[1] MARADEI, *Singularia*, 206; CAPIBLANCUS, *De officio baronum erga vassallos*, 1621, pragm. 3, pars I, n. 169; TAPIA *Comm. in ius regni neapol., De gravam. vassallorum* 1625, vol. VI, 28. Nel Sec. XVII soltanto giuristi napoletani e siciliani si occuparono ancora di giurisdizioni feudali.

Digitized by Google

CAPO V.

Il foro ecclesiastico dal secolo XI al secolo XIX

SALVIOLI, *Foro ecclesiastico*, in *Digesto italiano*; SICILIANO, *Studi sulle vicende del foro eccles. nelle cause dei chierici secondo il diritto della Chiesa e la legisl., dottrina e pratica italiana dallo scioglimento dell'impero carolingio alla fine del sec. XIV*, in *Antologia giuridica*, 1896; Id., id., *nelle cause dei laici*, Palermo, 1896; Id., negli *Studi giuridici dedicati a Schupfer*, II, 1896; PAPADOPOLI, *Leggi venete intorno agli ecclesiastici sino al secolo XVIII*, Venezia, 1864: SAGREDO, Id. in *Archivio storico ital.* Serie III, vol. II, 1865; BOGGIO, *La chiesa e lo Stato in Piemonte*, 1854; SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri, sec. XI-XIX*, Palermo 1887; MARTINI, *Storia eccles. della Sardegna*, 1839; RUFFINI, *Lo Stato e la Chiesa in Italia*, in aggiunta al *Manuale di diritto eccles.* di FRIEDBERG, pag. 90-131, Torino, 1893.

1. È noto quanta attività spiegò la Chiesa per sottrarre le persone e i beni ecclesiastici al tribunale ordinario e ottenere un foro speciale presieduto dal vescovo. L'autorità di questo era già tale nel medio evo che le sue *admonitiones* o i suoi lodi come arbitro valevano come sentenze pronunciate *in iudicio* (1). I laici sollecitavano la sua mediazione, e se non riesciva, se ne rogava atto *quia per eum definire potuisset* (2); e se riusciva, le stesse autorità civili se ne compiacevano: *laudaverunt quod rectum est* (3). In Italia un sinodo di Ravenna dell'877 voleva che il vescovo fosse il giudice dei chierici imputati di crimini, che *amicaliter*

(1) *Admonitio* è la parola usata nei doc. lucchesi: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 48; V, 2, n. 982. Sul valore del lodo v. *Codex dipl. cavensis*, I, n. 15 e 16.

(2) FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, 287; FATTESCHI, *Memorie di tre chiese*, 261.

(3) SAVIOLI, I, 2, pag. 55 e 56.

Digitized by Google

componesse le parti come facevasi *legaliter* (1): insomma quello che si erano proposte le false collezioni canoniche al di là delle Alpi era al X sec. già accolto al di qua; e per consuetudine o in virtù di privilegi che esentavano i chierici *per placita invitos aut sine assensu episcopi venire* (2), il foro ecclesiastico funzionava senza però riconoscimento da parte dei pubblici poteri. Non era ancora un diritto, perchè mentre si vedono cause di chierici decise dal vescovo (3), se ne trovano altre portate al tribunale pubblico, sia perchè ne aveva avuto incarico dallo stesso potere ecclesiastico (4), sia perchè il giudizio di composizione amichevole del vescovo non era riescito (5); però va notato che non di cause strettamente civili trattavasi, ma piuttosto *extrinsece spirituales* (6). Un diritto incontrastato non era ancora ben fissato, così che nel mentre che vedesi un vescovo tratto davanti al tribunale dei consoli (7), altre carte ci mostrano il vescovo sedere giudice in liti ove erano coinvolti enti ecclesiastici (8). Certo è che le fonti giuridiche italiane composte nel sec. XI riconoscevano pei vescovi il giudizio dei pari e per i chierici quello del vescovo (9).

2. Non spetta a questa storia esporre come si arrivò alla dottrina formulata nel Decreto di Graziano e dai Decretali meglio esplicata, per la quale in tutte le cause civili e criminali dei chie-

---

(1) *Mon. h. patr.*, XIII, 1352; VIGNATI, *Cod. dipl. laudense*, 28.

(2) MANSI, *Concil. coll.*, XVII, 388.

(3) an. 990: FICKER, IV, n. 11; FANTUZZI, I, 218.

(4) an. 1146: a Venezia decidono i giudici secolari *ex praecepto G. Cardinalis*; CORNELIUS, *Eccles. Torcellanae monum.*, 1749, III, 201; GLORIA, II, n. 474.

(5) an. 1127: il vescovo di Lucca non aveva potuto *ex conventu sedare*: *Mem. di Lucca*, IV, 2, n. 102.

(6) Causa *de corporibus defunctorum*; id., an. 1177, sulle esequie dei morti, davanti ai consoli di Ventimiglia e al vescovo: CAIS DE PIERLAS, *I conti di Ventimiglia*, nella *Miscellanea di storia italiana*, XXXIII, 1894; an. 1100, questione di decime davanti al tribunale della contessa Matilde: TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, n. 201.

(7) an. 1152: GLORIA, II, n. 557.

(8) an. 1146: Id., II, n. 615.

(9) *Liber pap.* al Capit. mantuan., Lex *romana*. utin., XVI, 1 e 2: *Nullus homo praesumat episcopum per nulla causa ad alium iudicem accusare nisi tantum ad alios episcopos. Omnes causas privatas hoc sunt minores qui inter clericos aguntur ad episcopum iudicentur*. Nelle Except. Petri, IV, 47: *Si quis cum monachis vel cum clericis litigium habuerit, non currat ad seculare iudicium*, ecc.

Digitized by Google

rici e nelle patrimoniali delle chiese *nulla potestas laicis attribuitur* (1): noi dobbiamo solo ricercare fino a qual punto questo principio era accolto nella pratica civile e constatiamo che prima delle Decretali il foro ecclesiastico in Italia aveva già fatto progressi. Molte liti eran portate davanti a cardinali e legati pontifici (2), ed eran cause temporali o miste (3), o davanti agli stessi giudici del vescovo (4). Nel 1174 persone di chiesa potevano affermare *non debere nec posse de iure divino et humano se subponere sub laicali potestate quia clericus est spiritualis persona* (5): e nel 1181 i Consoli di Pisa giurarono al vescovo di riconoscergli il diritto *clericos suos distringere et habere potestatem in eis et iurisdictionem suam in eos exercere sicut episcopus in suis clericis debet* (6). Così il foro ecclesiastico veniva riconosciuto e ad esso definitiva sanzione dava Federico II coll'*Authentica Statuimus* (*de episcopis*, Cod. I, 3): *ut nullus ecclesiasticam personam in criminali questione vel civili trahere ad iudicium saeculare praesumat contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones. Quod si actor fecerit, a suo iure cadat, iudicatum non teneat et iudex ex tunc potestate iudicandi privetur.* D'allora glossatori e commentatori riconobbero il diritto della Chiesa in materia di foro (7), e questo diritto trovò il suo posto nelle Decretali (lib. II, tit. 1 e 2, *de iudiciis et de foro competenti*).

---

(1) Così la *Summa Mag. Rufini*, ed. SCHULTE, 1892, pag. 273. Le *Summae Stephani Tornacensis*, pag. 121, 158 e quella di Paucapalea, 1890, pag. 79-96 contengono pochi accenni. La giurisdizione ecclesiastica fu calorosamente sostenuta negli scritti polemici delle lotte fra Stato e Impero: vedi *Libelli de lite imperatorum et pontificum saec. XI et XII*, cioè di Umberto, I, pag. 210, di Bonizone, id., III, pag. 366, di Deusdedit, II, pag. 348-354. Un'esposizione delle regole canoniche sul foro ecclesiastico trovasi in THOMASSIN, *De vet. et nova discipl. eccl.* e nei trattati di SALZANO, SOGLIA, TARQUINI, CAVAGNI, GASPARRI, WERNZ, ecc. Per la Francia v. GENESTHAL, *Le privilegium fori*, 2 vol. 1921-24.

(2) an. 1158: CORNARO, *Eccles. venet.*, X, p. 3, pag. 201; TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 307; an. 1174: VIGNATI, *Codice laudense*, II, n. 67, 83, 151.

(3) TIRABOSCHI, n. 327, 329, 360, 363, 364, 366, 418.

(4) VIGNATI, n. 68. È superfluo ricordare che ancor ciò non era la norma, e che nello stesso tempo molte di tali liti erano portate al tribunale consolare: VIGNATI, n. 75, 228, 286; MORIONDI, *Mon. aquensia*, II, n. 69, 70.

(5) VIGNATI, II, n. 79.

(6) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 137.

(7) ROGERII in *Scripta anecd. antiquor. glossatorum* cur. PALMIERI (*Biblioth. iurid. medii aevi*, ed. GAUDENZI, 1890, I, pag. 12).

Digitized by Google

Col diritto delle Decretali venne negata allo Stato la facoltà di legiferare in materie dichiarate dalla Chiesa di sua competenza, di immischiarsi in *causae mere, intrinsece spirituales* (di dogma, di sacramenti e quindi di matrimoni) — o *ecclesiasticae spiritualibus annexae* (sponsali, patronato, benefizi, decime, voti, giuramento, testamento dove è coinvolto un interesse ecclesiastico, sepolture) — o *causae civiles ecclesiasticis accessoriae mixtae* (della dote quando è connessa alla questione principale del matrimonio, legittimazione dei figli, ratto, spoglio di beni ecclesiastici, quando la causa origina da un peccato di una delle parti) — *causae miserabilium personum* (poveri, vedove, orfani, crociati) — cause in cui da parte del giudice laico vi fosse diniego di giustizia (1).

Per le cause dei chierici, civili e criminali, le Decretali stabilirono le competenze del tribunale del vescovo per le liti dei chierici fra loro — per quelle dei laici contro chierici — per diritto particolare di chierici contro laici — e specialmente contro laici che si trovassero al servizio di persone ecclesiastiche. Erano sottoposti a tale tribunale quanti appartenevano al chiericato, i monaci e le monache, le istituzioni ecclesiastiche, le pie fondazioni, le scuole e le università (2). E ne venne che per es. anche gli scolari, i quali, se laici, erano liberi di scegliersi il foro o sottostavano a quello del rettore (3), se chierici non potevano rinunciare al *privilegium fori*, essendo questo un privilegio della Chiesa.

Il diritto delle Decretali fu confermato dai Concili posteriori, di Costanza, di Lione 1245, 1274, di Salisburgo 1281, di Ravenna 1311, 1314, 1317, di Toledo 1373, del Laterano 1517. Il Sinodo di Aquileia 1340, c. 28, e quello di Udine 1357 dicevano competente il giudice ecclesiastico nelle cause contro laici che ingiuriano chierici e danneggiano beni di chiese (4). La prescrizione è ripetuta in tutti i sinodi tenuti nelle diocesi italiane prima del Concilio di Trento (5), che rinnovò le antiche disposizioni canoniche per la competenza del foro ecclesiastico nelle cause spiri-

(1) C. 12, X de sepulturis, III, 28; c. 3, X de donation. inter virum et uxorem, IV, 20; c. 1, 5, 7, X qui sunt filii legit., IV, 17; c. 1, 2, X de adulter. et stupris, V, 16; c. 15, X de foro compet., II, 2.

(2) C. 7, X de procurat., I, 38; c. 9, X de foro compet., II, 2.

(3) C. 12, 18, X id.

(4) RUBEIS, *Monum. eccles. aquil.*, pag. 923.

(5) *Statuta clericorum ab episcopis Alberico et Bernardo condita*, an. 1297-1337, Parma, 1860.

Digitized by Google

tuali e in quelle civili e criminali dei chierici, dando anche norme per la procedura [1]. Le sue prescrizioni furono ripetute nei Concili di Colonia 1536, 1549, di Magonza 1549, di Treviri 1549, di Milano 1565, 1569, 1573, 1576, 1579, 1582, di Acqui 1585, di Avignone 1594, di Narbona 1609.

3. La politica dei Comuni non si svolse in modo rettilineo, ma anzi fu la più oscillante, varia da città a città, mutevole di anno in anno, risentendo di tutte le vicende interne e delle relazioni tra Chiesa e le pubbliche autorità. Un momento si riconosceva il foro ecclesiastico per contrastarlo a breve distanza di tempo: quindi i fatti più contraddittori. Più inchinevoli ad ammettere la giurisdizione civile e criminale del vescovo sui chierici, furono più restii per le cause dei chierici contro laici, rivendicate dai vescovi al loro foro: Bologna rispondeva a tali pretese: *laici non tenentur respondere coram iudice ecclesiastico pro re seculari* [2]. Anche Vicenza e Firenze riguardavano ciò come un *usurpare in laicorum praeiudicium et gravamen* [3]. Nè si cedeva anche davanti alle minacce di censure spirituali e senza che la contesa assumesse carattere anticlericale, si insisteva perchè i laici fossero tradotti al foro ecclesiastico eccezionalmente, solo *ratione materiae*. Il chierico attore contro laico doveva citare al tribunale ordinario non solo, ma dare idonea garanzia di ottemperare alla sentenza, non bastando la *iuratoria cautio* [4], sentenza dettata secondo le leggi locali: al massimo gli si permetteva la *facultas pluries appellandi* conforme al giure canonico [5].

Rivalità di poteri e di interessi, spesso dissidii per vertenze tributarie ponevano le autorità laiche ed ecclesiastiche di contro, e subito si volgevano gli animi contro questo privilegio, senza che in ciò fosse offesa al principio religioso e nemmeno intendimento di negare ai chierici un foro speciale. Poichè in quei tempi non vedevasi sminuita la sovranità dall'esistenza di tribunali speciali entro la città-stato, così si discuteva piuttosto dei limiti di questi che della loro essenza. Erano infatti piuttosto le esorbitanze dei vescovi nell'interpretare su quali persone si estendesse il privi-

---

(1) Sess. 7, se reformat.; sess. 13, id.; sess. 14, 24, 25, id.

(2) Stat. di Bologna, 1250-67, ed. FRATI, IV, 41, pag. 92.

(3) Stat. di Vicenza, 1264, pag. 92; Firenze, 1415, III, 83, pag. 298.

(4) Stat. di Correggio, 1675, II, 31; Breve Com. Pisani, 1313, r. 238, ed. BONAINI, pag. 248.

(5) Stat. di Firenze, 1415, II, 17.

Digitized by Google

legio del foro, le pretese di tanti che allegando di appartenere al chiericato sebbene fossero coniugati, di servire al culto, di coltivare terre di chiese, di essere inquilini o livellari, intendevano sottrarsi alla giurisdizione ordinaria, erano questi gli alimenti alle controversie fra Comuni e vescovi. Vi erano i *clerici ficticii vel conversi* che cercavano sottrarsi al foro ordinario (1). Vi erano questioni sul diritto di asilo, per cui inquisiti sfuggivano al giudizio e alla pena (2). Ve ne erano altre sulla esecuzione delle sentenze pronunciate nelle Curie vescovili, le quali sentenze, se occorreva il braccio secolare, questo pretendeva sottoporre a sindacato; il che implicava decisione sulla competenza del tribunale ecclesiastico. In caso di rifiuto dell'esecuzione e quindi di censure da parte dei vescovi, le autorità laiche dovevano difendere i loro uffiziali e indennizzarli, e punivano chi per questa ragione li molestava. Le censure pronunziate dai vescovi per questi casi colpivano non solo l'uffiziale renitente, ma anche i congiunti di lui, nei beni suoi e nei suoi inquilini e lavoratori (3).

Si sono nominati, fra le persone aventi il *privilegium fori*, anche i chierici coniugati. Intorno ad essi in speciale modo nascevano di continuo le controversie per gli abusi e per la facilità di sottrarsi al Tribunale ordinario, solo invocando la tonsura e l'abito ecclesiastico. L'antico diritto canonico aveva annoverato fra i chierici non solo quelli aventi l'*ordinatio*, ma quelli esercitanti *ministeria*, come gli accoliti, i lettori, gli ostiarii, sì che voleva dire i tonsurati, e tali erano anche i fanciulli che i loro genitori destinavano al sacerdozio. Infatti il Concilio di Parigi del 614 che vietava ai giudici laici di procedere contro un chierico senza il consenso del vescovo, menzionava, dopo i sacerdoti, i diaconi e i chierici, i *juniores ecclesiae*. Questo canone inserito nelle Decretali fu la base del privilegio dei semplici tonsurati (4) i quali erano

(1) an. 1284: *Ordinamenti sacrati e sacratissimi del popolo di Bologna*, ed. GAUDENZI, pag. 89; an. 1282: *quomodo procedatur contra clericos non morantes in ecclesia nec deferentes habitum clericalem*, in *Breve et ordinam. pop. Pistoiensis*, pag. 132.

(2) Divieto di asilo trovasi anche nei citati Statuti di Bologna e nell'ediz. 1735, ed. SACCO, rel. 97, pag. 527.

(3) Statuti del Capitano di Firenze, 1322, II, 17.

(4) INNOCENTIUS (papa IV), c. 11, X, *de aetate et qualit.*, I, 14; PANORMITANUS, c. 10, X, *de iudiciis II* 1: *in quocumque ordine gaudere clericum privilegio fori ut non valeat conveniri coram judice seculari, etiam si sit primae tonsurae.*

Digitized by Google

numerosi, senza che adempissero funzioni ecclesiastiche: esagerazione che il Concilio di Trento riconobbe, quando dichiarò che *initiatus prima tonsura* e quegli che ha ricevuto gli ordini minori, *privilegio fori non gaudeant*, amenochè non vestino l'abito clericale, non abbiano beneficio ecclesiastico, non servano a chiesa, non frequentino seminario od altra scuola che l'avvii al sacerdozio (*Sess.* 23 *de refor.* c. 6). Fino dunque al secolo XVI la semplice tonsura accordata senza limiti ed anche praticata senza licenza dell'ordinario sottraeva al tribunale ordinario quelli che se ne ornavano o per pietà o anche per godere dei privilegi di foro. Per aver diritto alla tonsura bastava saper leggere: e potevano averla anche i coniugati: al suddiacono era vietato prender moglie, ma non al chierico, che anche dopo le nozze era conservato nelle sue funzioni e nei privilegi (1). Però al sec. XII papa Alessandro III privò i chierici coniugati di quanto aveva ammesso il diritto ecclesiastico precedente trovando incompatibile che godessero i privilegi dello stato clericale persone che avevano solo la tonsura ma attendevano ai mestieri più umili e anche indecorosi (2).

Nel tempo che passò dal Decreto alle Decretali le opinioni dei canonisti furono discordi, alcuni riconoscendo ai chierici coniugati il privilegio del foro, altri negandolo (3). Alla fine Innocenzo III e Onorio III risolsero la questione dichiarando che non dovessero godere di privilegio qualsiasi (4).

Però la dottrina non si arrese e sofisticò: vi fu chi affermò che questi chierici dovevano essere privati della sola immunità tributaria (Goffredo e Bernardo di Parma). Il card. di Susa, l'Ostiense, opinava che se avevano ottenuto una dispensa, od erano investiti di un beneficio, il che li obbligava ad essere tonsurati, godevano del privilegio di foro: ma la semplice tonsura con una vita interamente laica, non conferiva tale privilegio (5). Invece nel 1254 Innocenzo IV fu di altro avviso purchè non esercitassero *turpes negotiationes*. Gli inconvenienti originati dal fatto che i

(1) c. 8, C. XII, qu. 1: c. 6, X, *de vita et honest cleric.* III, 1.

(2) c. 1, 2, 3, X, *de clericis coniug.*, III, 3.

(3) Furono per la prima tesi RUFINO, UGUCCIO, GIOVANNI TEUTONICO: ma BERNARDO DI PAVIA (*Summa Decret.*, V, 8, 2) vuole che il coniugato sia privo di ogni privilegio.

(4) c. 7, 9, X, *de cler. coniug.*, III, 3.

(5) *Summa aurea, de clericis conjug.: de vita et honest. cleric.*

Digitized by Google

semplici tonsurati protestavano di non essere tenuti al pagamento dei tributi e di non poter essere giudicati dall'autorità secolare erano evidenti: i governi movevano aspre doglianze perchè il corso regolare della giustizia era ogni momento interrotto dalle pretese di questi tonsurati: e allora Bonifacio VIII nel 1296 promulgò la Bolla *Clerici* (c. 1 in VI, III, 2) colla quale distinse fra chierici tonsurati e chierici che non portano più l'abito e la tonsura: questi ultimi non godono alcun privilegio: i primi se coniugati anche se tonsurati perdono il privilegio di foro al civile, ma non al criminale, cosichè non possono essere arrestati, nè giudicati, nè condannati da giudice laico.

Abbiamo riferite queste disposizioni del diritto canonico per mostrare come le autorità laiche fecero pressioni sui papi per limitare i privilegi del foro ad alcune categorie di chierici. Ma vi erano altri che avevano tonsura e abito ecclesiastico, ma vivevano di vita interamente laicale ed inoltre esercitavano professioni non confacenti al decoro ecclesiastico, piccoli esercenti, artigiani, tavernieri, ecc. La dottrina canonica più rigorosa alla fine del sec. XIV voleva che tali chierici non conservassero i privilegi (1); che invece potevano invocare quelli esercitanti professioni secolari ma onorate.

Da ciò è chiaro come le controversie siano state innumerevoli nella storia dei Comuni, non mancando le occasioni di carcerare un forista, di condannarlo per debito, di ascoltare le querele di laico. A Firenze non si contano le questioni pel foro ecclesiastico (2): a Padova si ordinò nel 1200 che i chierici fossero convenuti al foro laico per debiti basati su pubblico strumento, che quelli non tonsurati fossero giudicati dal tribunale secolare per qualunque *re seculari*, che se il vescovo entro 40 giorni non procedeva contro chierico per crimini, subentrasse il giudice ordinario: e nel 1274 si abrogò la giurisdizione criminale del vescovo, e si andò fino a negare ai chierici l'assistenza di avvocato (3).

---

(1) PETRUS DE ANCHARANO, in VI *de regol. iuris*, n. 18. Invece GUIDO DE BAISIO scriveva che non perdevasi il privilegio: GIOVANNI DI ANDREA: «*non credo quod clericus deferens habitum et tonsuram licet enormitates faciat, perdat privilegium quoad forum*»: c. 23, X *de sent. excom.*, V, 30.

(2) Consulte d. repub. fiorent., ed. GHERARDI, I, 286, 321, 324, 391.

(3) Stat. di Padova dal sec. XII al 1285, ed. GLORIA, n. 455, 481, 577, 812. VERCI, *Marca trivigiana*, III, n. 318.

Digitized by Google

A Venezia non fu riconosciuto alcun privilegio di foro nel secolo XIII e XIV, vedendosi i tribunali ordinari giudicare *universas personas ecclesiasticas* (1), cause di vescovi, chiese e chierici (2): i papi mandavano legati a Venezia ordinando ai vescovi che ne facessero eseguire le sentenze (3): invece nel territorio della repubblica più facilmente si era stabilito il foro ecclesiastico (4).

Lo statuto del doge Tiepolo, riconobbe per primo al vescovo il diritto di foro per le cause criminali, restando però al secolare l'applicazione della pena, non che per le cause civili (5); ma tali furono gli abusi che gli stessi papi finirono per ripristinare il foro secolare, col temperamento che ai processi degli ecclesiastici assistesse il vicario del patriarca (6) La celebre lotta con Papa Paolo V in cui la repubblica fu difesa da Paolo Sarpi, ebbe causa da leggi che assoggettavano gli ecclesiastici all'autorità giudiziaria dello Stato, e dall'arresto di due chierici colpevoli di reati comuni (7).

A Modena nel 1204, 1278, 1306 vi fu questione per le decime che il Comune voleva far decidere al suo tribunale (8): e in quanto ai reati dei chierici esigeva che fossero carcerati e torturati come gli altri cittadini. A Parma nel 1255 si vietò ai chierici citare laici al foro del vescovo (9); e nel 1314 si pretese che questi non fosse competente nelle cause di usura (10).

A Bologna nel 1245 si dispose che i laici non fossero tenuti di rispondere al tribunale ecclesiastico *pro re seculari* (11), che il podestà dovesse ammonire i chierici di non citare laici al loro foro (12): e al sec. XV sancivasi: *nullus de iure comuni in aliqua causa civ. vel crimin. audeat pretextu se esse clericum declinare forum iudicis civilis* (13). Non si permetteva chiedere al papa lettere dimissorie

(1) CORNELIUS, *Eccl. Torcellan. monum.*, 1749, I, 76.

(2) Id., I, 74, 242; II, 268; III, 333, 411.

(3) Id., I, 90, an. 1240; 352, an. 1243; 354, 356, III, 223, an. 1276.

(4) VERCI, op. cit., III, n. 207, 208.

(5) CAPPELLETTI, *Storia della Chiesa di Venezia*, 1845, II, 728; RUFFINI, pag. 101.

(6) ROMANIN, *Storia doc. di Venezia*, IV, 374, VII, 25.

(7) SCADUTO, *Stato e Chiesa secondo P. Sarpi*, 1885.

(8) CAMPORI, *Il governo a Comune di Modena*, 1864 pag. 70, 77 e segg.

(9) Stat. di Parma dal 1266 al 1304, ed. RONCHINI, pag. 237, 239, 420, 423.

(10) Legge del 1314; Id., pag. 305.

(11) Stat. di Bologna, ed. FRATI, IV, 51.

(12) Id., XI, 6.

(13) Stat. di Bologna, 1454, rel. 60, pag. 142.

Digitized by Google

dal foro comune e per nomina di delegati speciali; e per quelli che le avessero ottenute, dovevano i parenti dare cauzione pei danni e le spese derivanti dalla lite (1). Tale solidarietà dei parenti del chierico è spesso richiesta dalle leggi comunali perchè i laici offesi fossero assicurati nel caso di indennizzo pecuniario (2). A Lucca nel 1308 vietavasi invocare il giudizio di legato apostolico, ordinavasi al chierico citato in causa civile di comparire al tribunale comune, respinta ogni eccezione di incompetenza: negavasi ogni privilegio al chierico che vestiva da laico (3). A Pistoia vi furono conflitti per le decime sacramentali, *contentiones et scandala.* Autorità e privati furono perfino scomunicati: al che risposero gli Anziani con rappresaglie: i consoli dovevano tener indenni i citati e difenderli a spese pubbliche: le sentenze del vescovo non riconosciute: « nessuno lavori le terre di chierico, nè fornaio o sarto o barbiere o mercante qualsiasi gli presti la sua opera: i parenti diano cauzione di obbedire al podestà » (4): e pochi anni dopo altre controversie (5): finchè nel 1308 si venne a transazione riconoscendo il foro del vescovo soltanto per gli iscritti nei registri vescovili (6). Siena, Vicenza, Lucca, Modena non si piegarono sempre e di buona voglia all'osservanza dei canoni (7): e così Parenzo (8). Nè diversa fu la legislazione ligure e piemontese del sec. XIV, ove pure rilevansi contrasti e remissioni, cioè ora affermato il giudizio ordinario sui chierici, oppure la concessione di ricorrere direttamente al duca, ora invece ap-

(1) Stat. di Parma, 1255: *Mon. hist. ad prov. Parm.*, II, 213.

(2) Misure generali per difendere la giurisdizione ordinaria trovansi per es. a Firenze, ove punivasi chi otteneva lettere o privilegi di autorità straniere per citare un cittadino davanti a foro diverso da quello del Comune: v. *Consulte della repub. fiorent*, dal 1280 al 1298, ed. GHERARDI, 1896, II, 4, 78; *Provisioni*, II, 175; VILLARI, *Primi secoli della storia di Firenze*, I, 271.

(3) Stat. di Lucca, 1308, ed. MINUTOLI, III, 146.

(4) Breve Com. Pistorii, 1283, ed. ZDEKAUER, II, 129 e 131. Anche a Piacenza solo il giudice civile era competente in materia di decime; Stat. del 1391, II, 59, pag. 287.

(5) Stat. pot. Pistorii, 1296, III, 157, 160.

(6) ZACCARIA, *Anecdota*, 1755, pag. 138.

(7) Const. Com. di Siena, 1262, II, 15, 65; Stat. di Vicenza, 1264, ed. LAMPERTICO, pag. 92; di Modena, 1327, ed. CAMPORI, III, 43, 58, 59; Breve Pisani Com., ed. BONAINI, I, pag. 137, 250.

(8) Stat. di Parenzo, 1363, ed. KANZLER, 1846, II, 22.

Digitized by Google

posti solo limiti alla giurisdizione del vescovo [1]: ora invece riconosciuta contro enfiteuti e coloni di chiese, sebbene laici, qualora dipendenti da contratti, e in tutti i legati pii [2]. Pel Piemonte notiamo una legge di Amedeo VI, 1379, che riconosce la competenza del foro ecclesiastico [3], e un'altra che vieta al laico di cedere le sue azioni a chierico per modo che ne venga mutata la competenza [4]. Dunque nessuna chiara politica e tanto meno preconcetti ostili, ma solo improvvisi moti ai quali seguiva il riconoscimento delle disposizioni canoniche [5].

4. Invece la legislazione comunale abbandonò alla competenza ecclesiastica l'eresia, gli incantesimi, la bestemmia, le trasgressioni al riposo festivo, nonchè i reati di adulterio, stupro, ratto, concubinato, incesto, bigamia e generalmente le usure [6], le matrimoniali. In questo senso è un decreto genovese del 1408 [7].

Così si arrivò al sec. XVI, durante il quale il foro ecclesiastico fu consacrato dalle leggi civili [8]: e si spiega così il gran rumore che suscitò la controversia di Venezia del 1517 colle minaccie di scomunica e interdetto. Non vi fu bolla pontificia che fra i privilegi e le immunità del clero non ponesse il foro speciale pei chierici; e il Concilio di Trento sancì che ogni causa civile o criminale contro chierico fosse portata in prima istanza al

---

(1) Così a Casale e a Moncalieri nelle *Leges municip. Hist. patriae monum.*, II, 141, 265, 958, 1414.

(2) Così una legge di Galeazzo Visconti, 1389, in *Antiqua ducatus mediolan. Decreta*, pag. 157.

(3) NANI, *Stat. di Amedeo VI*, in *Mem. d. Accad. di Torino* XXXIX, p. 60.

(4) RUFFINI, 116. Legge analoga a Genova; Id., 112.

(5) Controversie fra città e Curia pontificia sono ricordate da TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 418, 454, 488, in occasione di legge di Modena, 1279, che metteva al bando il chierico che citava laico al foro ecclesiastico per questione personale o reale. Un sinodo di Acqui del 1308 minacciò scomunica a chi citava chierico al foro secolare: MORIONDI, *Mon. aquensia*, II, n. 188, 198 e pag. 33-58.

(6) Però a Parma (Stat. del 1314, vol. III, pag. 305, 309) era vietato *conqueri coram iudice eccles. de aliquo mutuatore.*

(7) *Stat. et Decreta Genuae*, ed. 1707, pag. 199.

(8) Così ad Aosta, 1530. A Genova i chierici citati da laici dovevano essere esaminati dal vescovo *secundum curiam romanam*: Stat. reip. Genuensis, VI, 3 e 4. E così sono gli Stat. di Lucca, 1539, III, 17; Bologna, 1737, I, 60; Padova, 1549, pag. 5; Ferrara, 1567, III, 62, pag. 139; Cremona, 1578, I, 5; Crema, 1536, II, pag. 22; Brescia, 1590, c. 61, pag. 79; Mattarella Domodossola, pag. 30.

Digitized by Google

tribunale del vescovo; che dalla sentenza di lui fosse dato appello al metropolitano e da questo al papa; che nelle cause matrimoniali per appellare al papa occorressero due sentenze concordi; che i vescovi nominassero i giudici loro delegati (1).

In quanto alla giurisdizione criminale sui chierici voluta dal diritto canonico, gli Statuti italiani più antichi consacrarono il foro ordinario (2), ammettendo solo che i chierici fossero degradati prima di essere puniti. Anche il Sinodo di Pistoia del 1308 disponeva che i chierici delinquenti fossero puniti pecuniariamente secondo le leggi del luogo, oltre le pene canoniche (3). Le controversie fra Curia e città furono più tenaci pel foro criminale che pel civile. Ma dopo il sec. XVI anche su questo punto il diritto canonico venne riconosciuto (4).

5. Nel regno di Napoli e in Sicilia, sotto i Normanni, anche i chierici rimasero soggetti alla giurisdizione regia, almeno al tempo di re Ruggiero: ma sotto Guglielmo il Buono si ebbero privilegi processuali accogliendo le loro doglianze contro i magistrati che incarceravano e condannavano i chierici come i laici, e nemmeno permettevano la così detta udienza vescovile, diretta a correggere i costumi dei chierici concubinari ed adulteri. Il privilegio del foro ebbe carattere di speciale concessione al vescovo di Palermo, quando nel 1371 gli diè facoltà di esaminare e correggere colle pene canoniche il delitto di adulterio, riservando tuttavia ai magistrati laici la conoscenza e la punizione degli insulti e delle violenze che mai vi occorressero: ed inoltre lo autorizzò a procedere *iuxta canones et ius ecclesiasticum* contro chierico per reato *de quo persona sua iudicari et condemnari debeat; excepto si aliquis clericus fuerit appellatus de proditione aut homicidio vel de alio eiusmodi maleficio,* che come appartenente all'esercizio del mero imperio spettava ai pubblici magistrati. Quanto al civile volle che il giudice laico dovesse conoscere dei beni che il chierico aveva *de haereditate vel aliquo tenemento, quod non ab ecclesia seu ab aliis teneat,* ma non lo potesse incarcerare (5). Il vero diritto in proposito fu dato da Federico II, che mantenne la competenza

(1) Sess. XXIV, 20; XXV, 10.

(2) Stat. di Casale e di Ivrea, in *Mon. hist. patriae, Leges*, pag. 958, 1262.

(3) ZACCARIA, *Anecdota*, Pistoia, 1780, pag. 138.

(4) Stat. di Crema, 1536, II, pag. 22; Statuti di Ferrara, 1567, III, 62; Stat. di Lucca, 1549, I, 27, 28, 143; IV, rubr. 4.

(5) PIRRI, *Sicilia sacra*, I, 109.

Digitized by Google

ordinaria contro i chierici nel civile. Sotto gli Angioini cominciarono le pretese: le Costit. furono dette irrite dove erano contrarie ai canoni (1): e si ottenne che i giudici ordinari non potessero agire contro le persone ecclesiastiche, restando sottoposte al vescovo pel civile e il criminale, e al papa per gli appelli. Così il foro vescovile si costituì nel Napoletano: e d'allora i vescovi inquisivano, condannavano, incarceravano, invocando il braccio secolare, a cui consegnavano i condannati, quando la pena doveva essere corporale. Non mancarono contrasti e conflitti nell'epoca vicereale, più relativi a questioni di speciale competenza che sul principio del diritto della chiesa ad avere i suoi tribunali sui chierici e sui foristi, perchè in nessuna parte d'Italia tanto esteso fu il foro ecclesiastico quanto nel Regno di Napoli.

Un saggio dei privilegi forensi pretesi dalle persone ecclesiastiche per negozi in nessuna attinenza colla loro qualità si ha dalla Prammatica napoletana del 1571 *de ecclesiasticis personis*, che dovè reprimere l'abuso commesso da chierici che, essendo amministratori di beni laicali, volevano sottrarsi per la resa dei conti ai tribunali ordinari. La Pramm. vietò di nominare chierici ad alcun ufficio pubblico, al governo di università demaniali o baronali e nemmeno alla carica di tutori e curatori. Parrebbe che parole così esplicite non avessero a incontrare difficoltà nella esecuzione: ma la giurisprudenza napoletana era insuperabile nell'eludere le leggi (2): essa distinse se la Pramm. avesse luogo quando l'ufficio si concedeva da prelato, quando si riferiva all'amministrazione di opera pia, di Monte e simili (3): disse che il chierico doveva fare la dichiarazione di debito davanti il tribunale ordinario, ma al foro ecclesiastico competesse il giudizio (4), che la tutela non lucrosa fosse da esaminarsi da quest'ultimo tribunale (5), e che si dovesse distinguere se la tutela era stata conferita da autorità laicale od ecclesiastica (6).

---

(1) Così Innocenzo IV, 1248, in HUILLARD-BRÉHOLLES, *Hist. dipl. Frid II*, VI, 680.

(2) DE FRANCHIS, *Decisiones*, 479; ANNA, *Singularia*, 460.

(3) CAPONIUS, *Discursus forenses*, vol. V. Discept. 397, cap. 3.

(4) MARADEI, *Adnot. in singularia*, CXXII.

(5) DE MARINIS, *Resolut.*, lib. II, res. 53.

(6) CAPECELATRO, *Consult.*, 103, lib. II; DE MARINIS, *Resolut.*, 177. Secondo le istruzioni pontificie del 1742 dal vescovo si appellava al Metropolitano e da questo alla Rota romana per ottenere rescritto pontificio di delegazione ai giudici sinodali della diocesi.

Digitized by Google

6. In Piemonte il foro ecclesiastico suscitò preoccupazioni e contrasti da parte dei duchi fin dalla seconda metà del sec. XV. Nel 1479 e 1485 gli Stati generali della Savoia e di Val d'Aosta reclamarono che sotto pretesto di privilegio delitti restavano impuniti, e chiesero che al foro ecclesiastico si sostituisse l'ordinario. Più tardi nel 1516, 1522, 1534 si chiese che fosse vietato a tutti di citare dinanzi al vescovo per debiti civili, che cessassero le scomuniche, che fossero vietate le declinatorie di foro per privilegi e indulti concessi dalla Curia apostolica, che non si facessero processi in materia di religione senza intervento del giudice ordinario e l'assenso del duca. Si ottenne in conseguenza dai papi Giulio II e Clemente VII nel 1525 che i sudditi del duca fossero giudicati ai tribunali ordinari, e in caso di crimine anche i chierici non ordinati e senza beneficio (limitazioni confermate nel Concordato 1727). D'allora le azioni reali e personali contro chierici non furono più di competenza del foro ecclesiastico, al quale invece spettavano i casi di eresia, simonia, concubinato, ecc., con appello al tribunale della Nunziatura stabilito in Piemonte in pregiudizio della giurisdizione arcivescovile e della podestà del principe, e infine con ricorso alla Segnatura di Roma, richiedendosi tre sentenze conformi per la definizione totale di una causa.

In Sardegna i vescovi possedettero larga giurisdizione sui chierici (1). Fino dal 1204 godevano privilegio di foro, salvo in materia feudale, e il diritto di appello a Roma. Nel 1338 fu convenuto fra i re aragonesi e la Curia pontificia che i giudici avrebbero rispettate le competenze dei vescovi e li avrebbero anzi coadiuvati, punendo però il vescovo che avesse varcato i suoi confini. Egli, per es., non era competente a giudicare ecclesiastici sorpresi in reato flagrante, o imputati di porto di armi o di opposizione all'autorità (2).

Un giudice di appellazioni e gravami fu istituito a Cagliari nel 1449: decideva sopra le sentenze dei prelati in nome del pontefice. Un *giudice di contenzioni* sentenziava dei dissidi che insorgevano tra il vescovo e il tribunale ordinario. Contro le vessazioni del foro ecclesiastico solo rimedio efficace era la regia protezione esercitata dalla Reale Udienza.

---

(1) Invece lo Stat. di Corsica, ed. 1843, pag. 16, dispone che chierico in causa contro laico «debba incaminarsi dinanzi al giudice temporale e sia tenuto dare idonea sicurtà di stare a ragione e pagare il giudicato».

(2) MARTINI, *Storia eccl. di Sardegna*, II, 107, 245; RUFFINI, 114.

Digitized by Google

7. Il tribunale dell'Inquisizione o S. Uffizio era stato introdotto in Piemonte verso la metà del secolo XIII, ma vera influenza non acquistò che nel 1462, quando Amedeo VIII concesse ampie facoltà agli inquisitori, tanto che gli Stati del Piemonte riunitisi in Moncalieri nel 1479 espressero il voto che si frenassero gli inquisitori che opprimevano il popolo: e istanze in questo senso fecero gli Stati del Genovese, Savoia, Val d'Aosta nell'Assemblea del 5 agosto 1499. Invece nel 1528 gli stessi Stati invocarono misure severe contro i sospetti di favorire la riforma luterana, chiedendo la distruzione dei libri che insegnavano dottrine contrarie alla Chiesa. Secondo gli statuti di Amedeo VIII il vescovo procedeva contro gli eretici coll'appoggio del braccio secolare: i beni del condannato andavano al fisco.

L'inquisizione nel Piemonte restò protetta per tutto il sec. XVII: essa vegliava sulla introduzione di stampe, conosceva dei delitti di eresia, apostasia e bestemmie ereticali e in quelli di sortilegio e stregheria, di celebrazione di messe da parte di chi non ne avesse la facoltà, di poligamia e della falsa testimonianza davanti al S. Uffizio. Sono note le persecuzioni che essa spiegò contro i Valdesi: anche sopra gli Ebrei esercitò sorveglianza perchè non uscissero dalle strade loro assegnate, celebrassero privatamente i loro riti; e solo nel 1551 fu concesso agli Ebrei di non essere inquisiti per qualsiasi causa dal giudice ecclesiastico senza la presenza del loro Conservatore.

In Nizza e Val d'Aosta, che erano regolate dagli usi gallicani, non fu mai ammesso il tribunale dell'Inquisizione. Il vescovo conosceva e puniva i reati contro la fede.

In Sardegna il Sant'Uffizio fu introdotto, ma non si permise che abusasse: le pene da esso inflitte erano più di apparenza che di sostanza. I Cagliaritani tanto l'avversarono che i Domenicani non riescirono a esercitare le loro funzioni inquisitoriali. Invece ebbero a Sassari un tribunale del S. Uffizio, e un inquisitore viaggiante fu tollerato coll'incarico di riferire sullo stato della fede nell'interno dell'isola.

Con decreto 23 gennaio 1799 il governo provvisorio abolì tutti i tribunali dell'inquisizione esistenti in Piemonte: i loro beni furono dichiarati nazionali e applicati a scopi di beneficenza. Richiamati in vigore per l'Editto del supremo Consiglio del 28 luglio 1799, furono di nuovo aboliti colla legge della Consulta 23 luglio 1800, nè più risorsero [1].

---

[1] Sulla inquisizione in Italia: LEA, LAVALLÉE, *Hist. de l'inq. en Italie*, 1888, AMABILE per Napoli 1892, LAMANTIA (*Riv. stor. ital.* 1892) per Sicilia.

Digitized by Google

8. Nelle dottrine di diritto pubblico questa giurisdizione privilegiata fu da Marsiglio da Padova riguardata come offesa della sovranità: ma glossatori e giuristi l'accolsero senza contrasti pei chierici (1), anzi furono propensi ad estenderla alle materie ove era *periculum animae*, come alle obbligazioni naturali, a quelle di indebito, di contratti dolosi, di patti nudi, giurati, alle cause per ragione di peccato (2), e tali giudicavansi i contratti infetti di usure e perfino il testamento dell'usuraio (3). Poi vi inclusero le cause di pietà, dei miserabili, di figliazione, di successione dei figli spuri perchè la loro ammissione offriva occasione a peccare (4). Quelle per giuramento, anche se *de incidenti*, traevano la causa principale al tribunale del vescovo (5).

In quanto ai canonisti, la materia fu ampliamente trattata per le persone che erano *foristi* (monaci, novizi, terziari, oblati, ecc.) per gli enti di natura ecclesiastica (ospedali, monti di pietà, luoghi pii, ecc.), per le materie (sacramenti, benefizi, patronato, sponsali, matrimonio, ecc.): e ciò con tutta la casistica propria della letteratura giuridica di quei tempi: per es. mentre ammettevasi la giurisdizione secolare sui chierici in caso di feudo, riconvenzione, tributi, rappresaglie, dicevasi che subentrava il vescovo *negligente iudice saeculari* o *vacante imperio*: così interminabili dispute in materia di prevenzione o di connessione (6), ed altre sul concorso del braccio secolare, che richiesto potevasi ricusare se le eccezioni erano evidenti, se gli atti processuali non erano pre-

(1) Bartolo però la contrastò pei laici.

(2) BALDUS, *Consilia*, lib. V, 133, 322; ANCHARANUS, *Cons.*, 236.

(3) ALEX. TARTAGNA, *Cons.*, IV, 9. In materia di usure il giudice laico poteva conoscere *de facto*, ma il vescovo sentenziare *de iure*.

(4) Cause di pietà, come se alcuno vende più caro ai pellegrini: v. PAULUS DE CASTRO, *Cons.*, I, 160, 311, 351; II, 467; FED. DE SENES, *Cons.*, 275, 385.

(5) FULGOSIUS, *Cons.*, 121. In una lettera del piemontese Robilant consultore del Vicerè in Sicilia nel 1716, in STELLARDI, *Il regno di Vittorio Amedeo II di Savoia nell'isola di Sicilia*, Torino, 1863, II, pag. 349, dicesi che per «la mistura di chierico fra convenuti, qualsiasi persona laica fosse preventivamente chiamata innanzi il tribunale regio, poteva essere attratta da chierico al suo foro: il secolare debitore dei redditi dei vescovali era carcerato».

(6) Vedi i trattati di Giov. di Andrea, Card. d'Ostia, Ancarano, Butrigario, Zabarella; e specialmente DELBENE, *De immun. eccles.*, 1650; BELLETTI, 1634; OLIVA, *De foro eccles.*, 1650; BARBOSA, *Ius eccles.*; FAGNANUS; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. I, c. 53.

Digitized by Google

sentati, se la sentenza era ingiusta, se il vescovo era incompetente [1].

9. Le controversie giurisdizionaliste ebbero specialmente per argomento il foro ecclesiastico. Cominciò Venezia a limitare le pretese dei vescovi; poi i re di Piemonte vollero avocate ai tribunali ordinari tutte le cause possessorie, e col Concordato del 1742 ammisero solo il privilegio di foro pei chierici in lite civile con chierici e per le cause criminali. In Toscana P. Leopoldo nel 1777-81 più radicale abolì ogni privilegio clericale e nel 1782 soppresse l'Inquisizione. In Lombardia, ove gli Spagnuoli avevano allargata la competenza vescovile [2], l'abolizione avvenne per opera di Giuseppe II. Nel Regno delle due Sicilie i dispacci del 1743, 1746 riconoscevano il foro ecclesiastico, cui anzi lo Stato doveva prestare il suo appoggio, e ancora nel 1798 esisteva il Delegato della regia giurisdizione, la Curia del Cappellano maggiore e il Tribunale misto con competenza civile e criminale sulle persone ecclesiastiche. Le loro cause eran trattate al tribunale del vescovo, e il giudice laico ne eseguiva le sentenze, dopo aver constatato la qualità del condannato e la regolarità dell'istruzione. I vescovi avevano le loro carceri. Il procedimento aveva subito modificazioni per quanto riferivasi ai testi laici, per citare i quali dovevasi ottenere preliminare permesso dall'autorità; nè potevano essere scomunicati in caso di renitenza. Se restrizioni introdussero i Concordati, furono in materia di competenza, rimettendo all'ordinaria tutte le cause di denunzia di nuova opera, le cambiarie, ereditarie, quelle di azioni reali, di debito, rese di conti, tributi: nè era fatta eccezione pei vescovi. Il giudice ecclesiastico era tenuto ad accordare appoggio al laico qualora contro chierico fossero spedite lettere esecutoriali. Però fin dal 1764 le cause criminali contro chierici furono devolute ai giudici laici « senza tenersi conto della male intesa lenità degli ecclesia-

---

(1) CLARUS, *Tract. crimin.*, quaest. 96, riferisce che a Milano il giudice laico prendeva conoscenza degli atti anche in caso di eresia, e che ciò fu abolito colla venuta degli Spagnoli, che eseguivano le sentenze per eresia senza cognizione di causa. La dottrina spagnola (v. COVARRUVIAS, *Opera omnia*, tomo I, p. 2, c. 6 e t. II, p. 2, c. 9) tendeva ad allargare i poteri del foro ecclesiastico.

(2) Per un concordato del 1618 tra i re di Spagna e il papa per lo Stato di Milano i chierici potevan convenire i laici davanti al vescovo nelle cause di mista giurisdizione.

Digitized by Google

stici » (1): solo in via eccezionale e cioè se il re le rimetteva al vescovo, poteva questi giudicare assieme a regi consiglieri e all'avvocato fiscale, tribunale misto che giudicava anche del diritto di asilo, della esenzione dalle imposte, ecc. (2).

Nel Napoletano il foro ecclesiastico fu abolito sotto Gioachino Murat. Il decreto del 22 dicembre 1808 diceva: « Gli ecclesiastici al pari di tutti gli altri nostri sudditi, in tutte le cause, sieno civili sieno criminali, non godranno di alcuna esenzione di foro e saranno sottoposti alla giurisdizione dei magistrati ordinari. — L'autorità correzionale conceduta ai vescovi dai canoni della Chiesa rimane in tutto il suo vigore, per tutte le trasgressioni che non sieno delitti o colpe punibili dalle leggi civili. Tali trasgressioni saranno punite con rinchiudere gli ecclesiastici colpevoli in un ritiro e colla sospensione dalla messa e dagli uffici ecclesiastici ».

La Ristaurazione ridonò ai vescovi il privilegio di foro, che fu poi abolito colle leggi del 1819.

In Sicilia si erano avute limitazioni in materia criminale col Concordato del 1742. Nel 1782 ai vescovi fu negata competenza nelle azioni reali e ipotecarie, e si riconobbero foristi solo i chierici che avessero ricevuto gli ordini minori, vestissero l'abito e servissero la chiesa parrocchiale nei giorni festivi: perdevano il privilegio del foro se presi in flagranza o con armi (3), e lo perdevano anche i chierici aventi solo gli ordini minori pure osservanti delle disposizioni del Concilio di Trento, qualora si occupassero di negozi secolari (4). Qualche altra immunità fu tuttavia conservata; come l'inviolabilità domiciliare per ricerca di contrabbando, non però per catturare delinquenti rifugiatisi in casa di chierico (5); il privilegio del foro restò esteso ai serventi la chiesa per fatti commessi nell'esercizio del loro mestiere (6); ma fu limitato il numero di essi serventi laici per ogni chiesa. Le cause di sponsali e matrimonio continuarono ad essere di competenza del

(1) Reali dispacci 18 giugno 1774, 11 marzo 1775.

(2) Carlo III, 1749, aveva annullato sentenze di vescovi contro laici, e Ferdinando III, 1780, aveva vietato ai vescovi punire i delitti di misto foro senza regia delegazione.

(3) Sicul. Sanct., I, pag. 493-502; V, pag. 478.

(4) Id., IV, pag. 116, 434, 466; V, pag. 488.

(5) Id., III, pag. 408.

(6) Pragmat., 2, § 1, tit. 11, Cesinae.

Digitized by Google

tribunale del vescovo (1). Fu vietato ai ministri del foro ecclesiastico visitare le case delle meretrici, poste d'allora sotto la pubblica vigilanza (2): fu autorizzato il tribunale ordinario a procedere nei casi di foro misto, salvo che la pena fosse esclusivamente spirituale (3) o pecuniaria: così i reati di adulterio, concubinato, stupro, lenocinio, coabitazione prima delle nozze, bestemmia, profanazione di feste punite con pena corporale o di galera divennero di competenza del tribunale ordinario.

In Sicilia la Costituzione del 1812 e quella del 1848 dichiararono l'eguaglianza di tutti di fronte alle leggi. Nel Concordato del 1818 per le due Sicilie fu riconosciuta la competenza del tribunale ordinario per le liti civili private degli ecclesiastici e per le matrimoniali in quanto non riguardassero il sacramento: si inclusero le beneficiarie nel foro del vescovo ma solo per la elezione e requisiti dei beneficiari: le cause penali furono riservate ai tribunali laici, lasciando ai vescovi la correzione disciplinare. Nel 1857 fu disposto che le cause criminali degli ecclesiastici si discutessero ai tribunali ordinari ma a porte chiuse.

10. Il foro ecclesiastico fu abolito in Italia dalla dominazione francese ma per breve tempo, che, caduta questa, risorse colla reazione. Ristaurazione breve, perchè i nuovi tempi richiedevano eguaglianza di tutti in faccia alla legge. Il 9 aprile 1850 in Piemonte fu promulgata la legge che rimetteva al tribunale ordinario le cause civili fra ecclesiastici e laici od anche fra soli ecclesiastici per azioni personali, reali o miste, e le cause relative ai benefizi. Questa legge fu estesa nel 1859 e 1860 alle altre parti d'Italia: e riforma analoga fece pel Lombardo-Veneto il governo austriaco nel 27 marzo 1860 in esecuzione del Concordato austriaco del 1855. Il governo italiano soppresse anche nel 1860 il foro ecclesiastico per le materie matrimoniali, e infine il 22 ottobre 1870 fu abolito in Roma e provincie romane « ogni privilegio di foro e ogni giurisdizione eccezionale ».

11. Connesso al foro ecclesiastico era il privilegio dei sovrani di Sicilia di fungere da legati del papa, per la bolla di Urbano II del 1098, confermato da Pasquale II nel 1117, privilegio esercitato solo nella prima metà del sec. XV (4).

---

(1) a. 1771: Pragm. 3, tit. 1, lib. I, vol. IV; Sicul. Sanct., IV, pag. 298.
(2) Pragm., 2, § 5, tit. 11, Cesinae.
(3) Sicul. Sanct., II, pag. 445; IV, 307; V, 464, an. 1749.
(4) BARONII, *De Monarchiae Siciliae diatriba*, negli *Annali eccl.*, XI;

Digitized by Google

Varie furono le vicende sue: fu abolito il privilegio della Regia Monarchia, come lo si chiamava, nel 1714 dal papa che devolse ai vescovi dell'Isola l'appello e le attribuzioni competenti al giudice che la rappresentava: poi fu ripristinato nel 1728, fu riconosciuto col Concordato del 1818, ampliato nel 1826, ristretto riguardo alle dispense matrimoniali e alle cause di nullità di professione nel 1856, e infine abolito nel 1864 e nel 1871 colla legge delle guarentigie. In virtù dei privilegi accordati colle suddette bolle il Giudice della Legazia apostolica o Regia Monarchia aveva alcuni dei poteri competenti al Sommo pontefice, come quello di assolvere dalle scomuniche, da certi giuramenti, dalle censure e penitenze, di commutar voti, di concedere dispense matrimoniali ai poveri per l'impedimento della parentela in terzo e quarto grado.

Il suo tribunale funzionava da terza istanza al di sopra del vescovile, quando la S. Sede non avesse proceduto, cioè la causa non si fosse portata in prima istanza davanti ad essa. Le liti delle persone esenti dalla giurisdizione dei vescovi erano di privativa competenza del giudice della L. A. e questi poteva accettare le cause dei non esenti anche in prima ed in seconda istanza e rivedere per via di gravame le sentenze dei delegati apostolici. Nel Concordato del 1728 si riconobbe che le cause più gravi dei vescovi si portassero a Roma a tenore del Concilio tridentino, lasciando al giudice la competenza per le minori e per le civili, riguardo ai metropoliti ed ai vescovi esenti, in prima istanza, ed in seconda riguardo ai vescovi non esenti: che le liti civili dei Regolari si decidessero dai Conservatori apostolici in prima istanza e dal giudice in appello, il quale avesse diverse istanze, una seconda e una terza: che l'appello non si ricevesse se non dietro sentenza definitiva o per motivo pregiudiziale: che avesse il giudice il diritto di assumersi direttamente il giudizio quando dall'autorità ecclesiastica si minacciasse ingiustamente il carcere, la tortura, la scomunica. In conseguenza il tribunale della R. Monarchia costituiva non solo

---

COLONNA ASCANIO, *De Monarchia Siciliae*, nel *Thesaurus* di GRAEVIUS et BURMANNUS, III, 1723; FORNO, *Storia dell'apostolica Legazione annessa alla Corona di Sicilia detta Regia Monarchia*, 2 vol., 1801; CRISAFULLI, *Studi sull'Apost. Sicula Legaria*, 1850; GALEOTTI, *Della legazione apostolica di Sicilia*, 1868; RINALDI, id., 1868; DE SENTIS, *De monarchia Sicula*, Freiburg, 1869; CARUSO, 1863; SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri*, 1887, § 6 e 7.

Digitized by Google

un privilegio dei Sovrani di Sicilia, ma fu un freno contro le esorbitanze e gli abusi del foro ecclesiastico. Poichè gli effetti civili attribuiti dalla Chiesa alle sue censure, come il divieto di comunicare coi fedeli, la deposizione dai pubblici uffici, ecc., erano riconosciuti dallo Stato, fu interesse di questo avere un organo proprio, il Giudice della Monarchia, che ne assolvesse i sudditi quando fosse manifesto l'abuso per scopo di allargare le facoltà del foro ecclesiastico.

Digitized by Google

CAPO VI

Le giurisdizioni speciali

1. Il principio dell'eguaglianza di tutti davanti la legge è conquista moderna: nel passato la popolazione era divisa in classi e ceti, ognuno dei quali aveva il suo diritto e i suoi tribunali: e come un proprio foro avevano gli ecclesiastici, così da magistrature speciali erano giudicati gli artigiani, i mercanti, i marinai, i nobili, gli studenti. Secondo la qualità delle persone e secondo la materia si erano costituite tante giurisdizioni riconosciute dai pubblici poteri. Di queste devonsi esporre le origini e lo sviluppo in una storia degli ordinamenti giudiziari in Italia.

§ 1. *Il foro delle corporazioni e del commercio.*

2. Fin dal giorno in cui quelli che esercitavano arti e mestieri formarono delle associazioni, si obbligarono a prestare obbedienza ai loro capi e a deferire ad essi le controversie nascenti fra loro per l'esercizio dell'arte, per segreti che dovevano conservare, per le mercedi da corrispondere, pei prezzi delle merci lavorate. I capi erano investiti di un potere arbitrale [1]: non se ne hanno le prove

[1] Così è pei *iudices sociorum* o consoli dei mercanti a Milano alla fine del sec. XII, riuniti nella credencia s. Ambrosi; an. 1177: *Hist. p. Mon.*, XVI, *Leges*, II, 967; GIULINI, VI, 552; PAGANI, *Antiche corporaz.*, in *Arch. storico lomb.*, IX, 1892, pag. 898. — Un *ordo negotiatorum* è ricordato nelle *Gesta episcop. mediolan.* di Arnolfo all'anno 1068 (MURATORI, *RIS.*, IV, 33). V. specialmente, oltre PERTILE, VI, pag. 120; LATTES, *Il diritto commerciale nella legislaz. stat. d. città ital.*, 1884, capo V; LASTIG, *Entwick. u. Quellen des Handelsrechts*, 1877, pag. 362; ORLANDO, *Fratellanze artigiane in Italia*, 1884; GOLDSCHMIDT, *Storia del dir. comm.*, § 7.

Digitized by Google

immediate, ma è facile supporre che i *consules negotiatorum, artium* (1) esercitassero una vera polizia sui loro dipendenti, un amichevole intervento per comporre i dissidi; finchè nel sec. XIV se l'avocarono come pubblici officiali, come è detto negli Statuti senesi del 1281, ove due *consules negotiatorum* dovevano «pigliare ogni opera di concordare differenze e liti, e, quando non potessero, eliggere due uomini de l'arte e così insieme decidano e assettino le liti e differenze» e punivasi chi non si assoggettava alla decisione (2): e negli statuti dell'arte della seta dal 1298 al 1309 è detto che certe cause si risolvessero sommariamente dal camerlengo, le parti essendo libere di affidare le controversie ad arbitri (3). A Pisa ogni corporazione esercitava tali poteri sugli associati: « *consules fabrorum teneantur ducere ad concordiam quaestiones que verterentur inter fabros* » « *liceat consulibus* (della Curia del mare e dell'arte della lana) *nostro arbitrio et absque ordine et judicio cognoscere definire et arbitrari quidquid nobis videbitur aequum de omnibus dolis et fraudibus qui committerentur inter subditos curie* » (4).

---

(1) *Consul negot.* è in doc. an. 1159: GIULINI, VII, 125; an. 1172: *consul mercatorum ... eorum ofitium fuit videre passus et mensuras pannorum et pondera monetarum... et exigere iudicaturas testamentorum et banna illorum qui blasfemant Deum*; *Chronicon Galv. Flammae* in *Miscellanea di storia italiana*, 1869, VII, 716. Nel 1077 abbiamo una sentenza di *consul negotiatorum Mediolani*: PORRO LAMBERTENGHI, *Consuet. mediol.*, 1216, in *H. p. Monum.*, XVI, 917. In dette Consuet., c. 31, è riconosciuto che i mercanti di Milano e i loro consoli hanno antiche consuetudini. Così lo Stat. di Bologna, 1250, IV, 29; Parma, 1255, I, pag. 45. E poi nel Breve cons. mercat. Pisan., c. 5, 6; Stat. dei lanaioli di Siena, I, 80; dei mercanti di Piacenza, 2, 10; dell'arte di Calimala, 1332, I, 65, ecc. Notizie di consoli e di corporazioni nel sec. XII oltre che a Milano, a Pavia, 1194 (ROBOLINI, *Notizie di Pavia*, III, 198), a Piacenza, 1194 (POGGIALI, *Mem. stor.*, VI, 21), a Modena, 1168 (TIRABOSCHI, III 424), a Cremona, 1168, 1194, (ASTEGIANO, *Cod. dipl. di Cremona*, n. 342).

(2) Stat. consulum cumanorum, *Hist. p. Mon. Leges*, II.

(3) Stat. senesi, ed. POLIDORI, 1863.

(4) Statuta artis fabrorum, an. 1305; Breve Consulum curiae mercatorum Pisan. civ., in Stat. di Pisa, ed. BONAINI, vol. III. Così nello Stat. dell'arte di Calimala in Firenze, 1301, ed. FILIPPI, 1889, e in EMILIANI-GIUDICI, *Storia politica dei Comuni ital.*, vol. III; e per l'arte della seta v. GARGIOLLI, *L'arte della seta a Firenze*, 1868, pag. 275. Per Siena, v. POLIDORI e BIANCHI, *Statuti senesi* (dal 1288 al 1388), in *Collez. di opere inedite e rare*, 1863, 1871. Gli stessi poteri giudiziari sono dichiarati in Statuti del sec. XVI e XVII, per es. negli Statuti dell'Università dei mercanti e della Corte degli officiali di mercanzia di Siena del 1644, ed. CANTINI, *Legislaz. toscana*, XIII; e per Firenze, id., VI, IX, X, XI; per Bologna,

Digitized by Google

Questi tribunali erano costituiti come gli ordinari: « per render giustizia vi sia un notaio esperto che due volte la settimana di mattina raccolga le istanze e le querele, formoli gli atti, componga i processi: e poi dai consoli siano terminate le liti. Dovere essi eleggere un consultore perito nel diritto, del cui consiglio si valgano nelle controversie civili. Nelle cause criminali nelle quali si tratta di pena corporale o pecuniaria o di sottoporre l'imputato alla tortura, debba essere presente il notaio, ma la sentenza debba essere pronunciata col voto del pretore: e le autorità pubbliche a richiesta dei consoli siano tenute a prestare aiuto e braccio » (1).

3. Nessuna uniformità nell'origine e nello sviluppo delle giustizie corporative. Dove sono le stesse arti che di loro iniziativa circondano di sanzioni l'intervento dei consoli nel comporre le controversie — sanzioni che giungono fino all'escludere il renitente dalla corporazione, il che significava il divieto dell'esercizio della professione: — dove le arti sono investite dai poteri costituiti di facoltà giurisdizionali, formandosi così accanto al tribunale pubblico un foro riconosciuto competente per controversie fra gli iscritti all'arte e fra essi e gli estranei. Tale riconoscimento cominciò nell'epoca dei Comuni, quando le corporazioni ebbero influenza politica, e continuò anche sotto le Signorie (2), probabilmente per acquistare il favore dei ceti artigiani e mercantili: e ancora al tempo delle dominazioni straniere si venne a costituire, almeno presso la arti maggiori o presso quell'Università delle Arti che le riuniva e le rappresentava tutte, una vera e propria giurisdizione con esclusiva competenza nelle cause di commercio e nelle negoziazioni avvenute in occasione di fiere. Ma vi furono altre città dove le corporazioni non ebbero questa influenza e non varcarono la stretta cerchia professionale, e i pubblici poteri non abdicarono ai loro diritti di giurisdizione: allora i consoli

---

Stat. dell'hon. Università de' Mercanti, 1550. Così gli Stat. et ordinationi della hon. Compagnia dei fabbri della inclita città di Bologna, 1579, c. 8, e gli Stat. dell'antica e nobile arte dei ferrari, di Roma, 1560: *Consules habeant potestatem plenam cognoscendi et terminandi omnes questiones causarum civilium vertentium inter ipsos de artibus*, ecc.

(1) Stat. di Gubbio, V, 1, *de mercatoribus lanae*.

(2) an. 1362: il signore di Carrara concede al *rector et gastaldiones artis lanae* di Treviso *reddere rationem et ius summarium operariis artis*; VERCI, *Marca Trivigiana*, doc. n. 1593.

Digitized by Google

delle Arti esercitarono solo funzioni di polizia (1). Nello Stato pontificio ebbero anche giurisdizione ma in virtù di singole concessioni riservate alle maggiori arti (2): e così fecero nel Napoletano gli Aragonesi, specialmente in favore dell'arte della seta; gli esercenti di essa dovevano essere giudicati dai loro consoli nelle cause civili e criminali, e gli stranieri che venivano a Napoli ad esercitare erano « liberi da ogni commesso delitto conosciuto se non dai suoi consoli ... i quali in ogni sabato debbano tener ragione e amministrar giustizia » (3). Tali privilegi erano ancora in vigore al secolo XVIII (4).

Parimenti variava la competenza da città in città, da arte ad arte; i consoli delle minori per lo più non conoscevano che delle piccole somme, dei doveri e salari dei garzoni, dei diritti dei maestri (5); vi erano città ove i consoli giudicavano *super quibuscumque quaestionibus pro omni quantitate et summa*, e anche su quelli non iscritti fino a una data somma (6); in altre solo *de rebus mobilibus*

---

(1) Così a Venezia e a Padova, ove i giudici ordinari decidevano le liti *inter mercatores vel inter mercatorem et alium non mercatorem*; solo il procedimento era sommario: ROBERTI, *Corporaz. padovane*, pag. 102-112. È probabile che anche le corporazioni genovesi non abbiano avuto giurisdizione: così LASTIG, 147. In senso contrario: DESIMONI, *Doc. riguardanti la storia del commercio e marina ligure*, in *Atti d. soc. ligure di st. p.*, V, 1867, pag. 355, e BENSA, *Archivio giuridico*, XXVII, 281; id., *Studi di dir. commerc.*, 1882, pag. 99.

(2) Privilegi concessi dai papi alle Corporazioni dei merciai, fabbri, panettieri, orefici: privilegio di re Ladislao, 1305, ai mercanti di Aquila: MURATORI, VI, 788.

(3) SUMMONTE, *Hist. di Napoli*, lib. V, pag. 450. Vedi PEPERE, *Diritto statutario d. Corporazioni nelle prov. napol.*, in *Accad. di scienze morali e polit.*, XVII, 1882.

(4) I Consoli della seta avevano la bassa giustizia: potevano incarcerare, ma avvisando subito l'autorità: R. dispacci, 23 aprile 1763.

(5) Così gli statuti dei merciai di Palermo e Messina: ORLANDO, *Delle fratellanze artigiane in Italia*, doc. 2, 1884; LIONTI, *Antiche maestranze della città di Palermo*, 1888; SCHERMA, *Maestranze di Sicilia*, 1892.

(6) Così l'antico Stat. della mercanzia di Pavia, 1295 (DAMIANI, *La giurisdizione del collegio dei mercanti in Pavia*, 1902), dei mercanti di Macerata (SPADONI, 1905), di Foligno, 1459 (MENGOZZI, 1781), di Mantova, 1400 (PORTIOLI, 1887). E così lo Stat. dei pittori di Cremona, 1470: *Arch. stor. ital.*, I, 104. Gli Stat. urbis Romae riformati da Papa Gregorio XIII, 1580, I, 127, attribuivano ai consoli potestà in tutte le cause civili *inter ipsos de artibus de rebus spectantibus ad ipsam artem super quibus fuerit recursum ad eos.*

Digitized by Google

quas inter se negotiatores emunt et permutant, gratia lucri faciendi; di quelle che servono pei loro bisogni (*ut in domo sua consumant*); mentre le cause di immobili, gli appelli, le esecuzioni erano riservate al tribunale pubblico (1); in altre erano competenti *de omnibus questionibus* fino una certa somma per chiunque, anche non appartenente all'arte, e senza limiti di somma *inter mercatores et de mercationibus tantum* (2); e per converso in altre si accordava solo di agire *amicabiliter* (3). E si può ritenere che in origine i poteri dei consoli fossero di amichevoli compositori, e i lodi dettati dall'equità. Questi poteri facilmente crebbero nelle città ove prevalsero politicamente gli artigiani, come a Firenze; e invece ebbero scarso sviluppo ove le pubbliche autorità furono gelose dei loro diritti, come a Venezia e a Milano. Ma anche in queste era consuetudine che i consoli delle arti invitassero le parti a compromettere e a conciliarsi prima di adire al tribunale pubblico (4), o che questo interrogasse il collegio dei mercanti. Anche laddove prevalevano criteri restrittivi, si rimettevano all'arte le cause direttamente congiunte all'osservanza dei regolamenti dell'arte stessa (5).

Un esempio dell'ordinamento giudiziario delle corporazioni offrono gli Statuti dell'*Ars campsorum* di Firenze, 1290. « Nessun cambiatore poteva muovere processo contro altro se non davanti ai consoli dell'arte; il socio che non accettava il giudizio di questi, veniva espulso dall'arte e il suo nome scritto nel libro degli espulsi, oppure multato: ai consoli era imposto di inquisire i colpevoli di dolo e di falsa moneta, arrestarli, consegnarli ai magistrati cittadini; i consoli dovevano sedere due giorni la settimana *ad ius reddendum*; in azioni di crediti di un socio, i consoli dovevano imporre al debitore la restituzione e multarlo (6).

---

(1) Stat. di Parma, 1255, in *Mon. hist. patriae, Parmae*, I, pag. 187.

(2) Stat. consulum iustitiae et negociatorum, Como 1281, c. 25, in *Hist. p. Mon., Leges*, II.

(3) Stat. Comunitatis Novariae, 1281, in *Mon. h. p., Leges*, II, 525.

(4) Il consolato della città di Ancona, raccolta di privilegi, ecc., 1776.

(5) Stat. consulum di Como cit., 1281, rubr. 30: dei mercanti di Cremona, 1388, rubr. 68, ed. 1578; di Brescia, 1429, ed. 1788, e in ODORICI, *Storie bresciane*, vol. II, 315. I consoli dovevano essere chiamati come periti dalle autorità per *misurari, vidiri canuxeri et iudicari cun li consiglieri*; Stat. dei muratori di Palermo: avevano la « cognitione di tutte le differenze in materia di robbe pannine »: Stat. dei pannieri di Palermo.

(6) Stat. dell'arte del cambio di Firenze, 1292, ed. LA SORZA, *Organiz. dei cambiatori fiorentini*, 1904, *L'arte dei mercatanti di Calimala*, 1889.

Digitized by Google

È chiaro che questo foro aveva generalmente carattere disciplinare, di polizia, con competenza nelle cose dell'arte e nei rapporti anche di diritto privato degli associati fra loro o coi loro garzoni: solo in tali casi lo si poteva invocare: anzi le storie ci informano di conflitti colle pubbliche autorità che non permettevano esorbitanze nel civile e invadenze nel penale (1), e anche vietavano che le parti d'accordo lo preferissero a spregio del foro ordinario (2). Però essendo la giurisdizione regolata per ragione della materia, anche gli estranei eran tenuti ad adire al foro della corporazione per *causa quae ad artem pertinet.*

4. Sebbene molte e fitte tenebre si addensino intorno alle corporazioni medievali, sembra che dalla precedente esposizione possa rilevarsi che il primo esercizio di un potere giurisdizionale fu nelle mani di delegati delle varie arti e mestieri, e tali dovevano essere i consoli dei mercanti del sec. XII: poi ogni singola arte si ordinò a sè ed affidò ai propri consoli funzioni di polizia sopra i suoi membri; finchè nel sec. XIV si sentì la necessità di confederarsi tutte e di restituire ai consoli dei mercanti, che forse non erano mai scomparsi, facoltà giurisdizionali più ampie. Risultato di questo fatto fu nelle maggiori città la nascita della *Curia mercatorum*, organo investito di autorità per dar sanzione alle sentenze pronunciate dai consoli delle corporazioni. Si trova a Pavia nel 1295, a Firenze, poi a Milano, Mantova, Cremona, Piacenza, ecc., con statuti del sec. XIV, a Belluno, a Bergamo nel sec. XV. Tali confederazioni non sorsero nell'Italia meridionale, ove, come a Napoli e a Palermo, i consoli dei tanti mestieri ordinati corporativamente decidevano le cause inerenti a detti mestieri.

Alcune di queste curie di mercanti assunsero notevole importanza non solo come tribunali speciali ma per quanto influirono nella formazione del diritto commerciale. Tale fu quella della mercanzia di Firenze, riconosciuta dai pubblici poteri nel 1308 (3), che così cessò di avere giurisdizionale arbitrale per divenire tribunale pub-

(1) Per Firenze v. LASTIG, 259, 333; per Pisa il *Const. usus*, 1281, c. 11: *Breve com.*, 1286, c. 61; *Breve septem artium*, c. 10; per Venezia, ROMANIN, *Storia docum. di Ven.*, II, 389.

(2) Stat. dell'arte di Calimala, 1332, I, 34, 41, 49. Invece a Brescia il reo non mercante doveva seguire il foro speciale dell'attore mercante: LATTES, *Dir. commerc. nella legisl. statutaria*, 1884, pag. 260 e a pag. 39 e 249.

(3) BONOLIS, *Statuti della mercanzia di Firenze*, 1904.

Digitized by Google

blico con propria procedura, competente *ratione materiae* nelle controversie dei soci contro tutti, nei fallimenti anche contro i non iscritti alle arti, nella nomina dei curatori, nelle liti fra maestri e discepoli, nella ispezione dei libri commerciali, nel riparare le rappresaglie facendo giustizia ai forestieri, nell'eseguire le sentenze e i provvedimenti dei consoli delle arti, con facoltà di applicare anche la tortura per scoprire la verità; donde la consecutiva sua trasformazione in vero tribunale pubblico di commercio.

L'istituzione di questo tribunale della mercanzia impedì, dove sorse, che le singole arti acquistassero veri e propri poteri giurisdizionali, non avendo i loro provvedimenti carattere ufficiale, ma solo quello privato, arbitrale, contrattuale che vincolava esclusivamente quelli sottoposti ai singoli consoli. Questi continuarono, come pel passato, a dirimere le liti fra i membri dell'arte, maestri, fattori, discepoli, garzoni, ma dovevano chiedere al Comune il loro arresto: in generale le loro facoltà non andavano oltre alla cancellazione dall'elenco dei soci.

Alle *Curiae mercatorum* alludono i giuristi italiani del sec. XIV e XV, quando chiamano i consoli dei mercanti veri giudici ordinari in *rebus pertinentibus ad mercantiam* (1), tali per legge o per *consuetudo* che *tribuit iurisdictionem*. La competenza loro si estendeva anche *non mercatori litiganti cum mercatore* (2); *quod iudex mercatorum est iudex in causis mercantiarum si petitur poena apposita super contractu mercantiae quia dependet a principali* (3).

Tale competenza assumeva quindi grande estensione e costituiva un tribunale spesso concorrente col pubblico: e ciò anche data la funzione attribuita al mercante nella vita economica delle città italiane ove *mercatores nostri temporis gerunt quasi publicum officium* (4). Da ciò le facoltà date ai giudici della mercanzia di procedere contro i mercanti anche penalmente, di sottoporli alla tortura: *mercatores fugitivi possint torqueri ut indicent pecunias ipsis datas ad mercandum quando dicunt se perdidisse* (5). È noto come un vero diritto commerciale siasi formato in queste curie

(1) BALDUS, in *Cod. de iurisdict. omnium iudic.*, III, 13.

(2) PAULUS DE CASTRO, in *l. eorum Cod. de sententiis*, VII, 46.

(3) Id. in *l. si quis ex argentariis* § *rationes Dig. de edendo*, II, 13.

(4) BALDUS, in *Cod. de constituta pecun.*, IV, 18; ALEXANDER TARTAGNA, in *l. admonendi Dig. de iureiurand.*, XII, 2. Contrari a questa giurisdizione erano Cino e Alberico in *l. fin.* Cod. *de iurisdict. omnium iudicum*, III, 13.

(5) HYPPOLITUS DE MARSILIIS, in *l. eos Dig. de falsis.*

Digitized by Google

ove le cause dovevano decidersi *de aequitate non ex rigore et apicibus iuris et solemnitate* (1), *de bono et aequo* (2) e come si siano concepite regole sulla competenza per territorio, non che le prime norme di diritto internazionale privato (3). Così al secolo XIV la giurisdizione consolare mercantile era completamente costituita, e d'allora estese anche maggiormente la sua sfera di azione; a tale scopo furono creati nel seno delle maggiori corporazioni ufficiali speciali incaricati di dirimere le controversie, separando le funzioni amministrative dalle giudiziarie.

5. Come era avvenuto pel foro ecclesiastico, la giurisprudenza si prestò a cavillare per estendere il privilegio e accrescere il numero e la qualità delle cause da decidersi coll'equità mercantile: quella era la vera *curia de aequitate* (4); quindi da preferirsi all'ordinaria ove era una sventura penetrare, trattandosi di un labirinto entro il quale lo smarrirsi era inevitabile. La casistica si esercitava specialmente intorno alla questione: chi era mercante? occorreva aver la maggior parte della propria fortuna nella mercatura? Bastava esercitarla come un accessorio e a intervalli? (5) E quali cause erano per connessione da riportarsi al tribunale speciale? Devesi a ciò in parte la formazione di quel diritto commerciale che conferì grande rinomanza alla giurisprudenza italiana.

Favorevoli ai privilegi delle corporazioni erano in special modo i canonisti che vedevano nella conseguente sminuita importanza della giurisdizione ordinaria una via per affermare il foro ecclesiastico (6). Cosichè salvo sporadiche interruzioni, fu riconosciuto ai consoli delle arti il diritto di giudicare le cause dei matricolati relative al mestiere (7) e qualche volta anche quelle di altri non iscritti *volentes coram eis sponte litigare* (8). Come si è detto Firenze fu larga nell'accogliere la competenza giurisdizio-

(1) BARTOLUS, in *l.* 29 *si fideiussor* § *quaedam Dig. mandati*, XVII, 1.

(2) SALICETUS, in *l. si pro ea Cod. mandat.*, IV, 35; IASONIS, in *l. iuris gentium* § *sed cum nuda Dig. de iustitia*, I, 1.

(3) BALDUS, in l. I *Cod. de nundinis*, IV, 60.

(4) TUSCHI, *Conclus. practic.*, v. Mercatura, concl. 208.

(5) STRACCA, *De mercatura*, qu. 1; MARANTA, *Practica*, p. IV, dist. 9, pag. 165.

(6) INNOCENTIUS, in *cap. cum ab ecclesiarum* XIII, 1.

(7) *Statuta populi et Comunis Florentiae publica auctoritate collecta*, an. 1415, IV, cons. art., 27, ed. 1778.

(8) Statuti dell'arte de lanaiuoli di Firenze, 1578, in CANTINI, IX, 75; Statuti dei cuoiai, id., XI, 11.

Digitized by Google

nale delle Arti sì maggiori che minori, nelle cause civili e miste, nelle criminali per furto di cose e merci relative al mestiere dei soci e contro gli estranei ricettatori di esse: ne diceva le sentenze inappellabili ed esecutorie da parte delle autorità; e questo sotto il governo dei Medici, e i tribunali delle Arti ebbero vita regolare e piena fino al principio del secolo XVIII (1). Anche i papi nel secolo XVI e seguenti approvando gli statuti di corporazioni vi inclusero il diritto di giudicare *inter homines artis et pro causis ad artem spectantibus usque ad quamcumque summam* e anche in cause di estranei purchè spettanti all'arte e fino a una data somma (2).

6. Al secolo XVI il foro mercantile invece di restringere la sua sfera d'azione, l'allargò, e città, come Milano che prima non l'avevano accolto con speciale larghezza, ne permisero l'azione (3), e altrove si vietò declinare il foro alle persone soggette all'arte (4). Però in questo periodo si inizia una trasformazione che poi si compiva nel secolo XVII; cioè senza privare le singole arti del potere disciplinare, e di quello arbitrale che avevano sugli iscritti per materie dell'arte, si costituì nelle città maggiori e specialmente in quelle dove più si accentrava il movimento delle industrie e del commercio, un tribunale unico, riconosciuto dalla pubblica autorità come competente in tutte le cose di mercatura fra persone esercitanti abitualmente il commercio e viventi di esso, e fra queste ed estranei ma per affari di commercio. A Firenze che ne aveva dato l'esempio colla curia della mercanzia, seguirono Genova con un vero tribunale di commercio, Roma con quello dell'agricoltura (5), e Napoli coi consolati di terra e di mare uno urbano per la capitale ed altri nelle provincie, istituiti dai re per giudicare della mercatura, dei traffici e de' negoziati.

In tal modo non furono aboliti i privilegi dei consoli delle arti, che persistettero fino alla loro soppressione avvenuta nella seconda netà del secolo XVIII, ma soltanto si organizzò un superiore tri-

(1) SABELLI, *Pratica universale delle principali leggi, bandi, statuti, ordini e consuetudini che si osservano in Toscana*, Firenze, 1715.

(2) Statuti dell'Università et arte de fornari e panettieri dell'alma città di Roma confermati da Giulio III nel 1552 nel *Bullarium romanum*, VI, 467.

(3) *Constitutiones dominii mediolanensis*, c. 105, Milano, 1541; *Statuta Mediolanensium a Cotta et Rubeo illustrata*, 1594.

(4) Statuti dell'arte ecc., CANTINI, X, 15.

(5) *Statuti dell'agricoltura con varie osservazioni, bolle, decisioni della S. Ruota e decreti intorno alla medesima approvati nel* 1410, ediz. Roma, 1718.

Digitized by Google

bunale di commercio con carattere e funzioni veramente statali. Tali furono il Consolato o tribunale di commercio costituito in Piemonte nel 1676 e quelli per Torino, Nizza e Chamberi e per la Sardegna creati nel 1733 da Carlo Emanuele III (1).

Più radicalmente procedette in Toscana Pietro Leopoldo il quale nel 1770 sostituì all'antico tribunale della mercanzia di Firenze la Camera di commercio arti e manifatture. Nel prologo alla sua ordinanza così dicesi: « Abbiamo determinato di abolire le diverse magistrature e tribunali della città di Firenze che hanno avuto finora la giurisdizione sopra le arti e manifatture predette e di confidarne la direzione a un solo tribunale ». Le arti nominate erano quelle dei mercatanti, cambio, lana, seta, medici, speziali, vinai, cuoiai (2). Così Lucca perdè la sua antichissima Corte dei mercanti, Pisa il tribunale dell'arte della seta (3) e quello dei mercanti, e nel loro posto nacque il Magistrato del consolato di terra e di mare (4).

In Lombardia i tribunali delle arti sotto Giuseppe II furono sostituiti dalla *Camera mercantile*, con potestà amministrativa e giudiziaria affidata agli *Abati* eletti dal ceto commerciale. A Venezia continuò fino alla scomparsa del governo dogale il tribunale dei *Cinque savi alla mercanzia* con attribuzioni varie, specie in materia marittima, tribunale che anche nelle età più antiche aveva avuto carattere statale (5).

A Napoli Carlo III nel 1739 istituì il supremo tribunale di commercio, e un altro collo stesso nome creò a Palermo, che così assieme alla Corte e Consolato di Messina e al tribunale dell'ammiragliato di Trapani rappresentava nell'Isola la giurisdizione mercantile. Egualmente col carattere di tribunali ordinari ma speciali per le controversie relative al commercio de' grani, concessioni di esportazione e simili si ebbero in Sicilia i tribunali dei caricatori di Termini, Licata, Girgenti e Sciacca.

---

(1) *Leggi e costituzioni di S. M. Vittorio Amedeo II*, 1729, lib. II, tit. XVII (tomo I, p. 198); *Leggi e Costituzioni di S. M. Carlo Emanuele III*, 1776, lib. II, titolo XVI (tomo I, pag. 197).

(2) CANTINI, *Legislazione toscana*, XXIX, 325.

(3) Questo tribunale aveva l'amministrazione dell'Officio dell'Onestà e percepiva tasse dalle meretrici; ufficio forse pervenutogli dalla sorveglianza che aveva sui numerosi operai e che poi passò al Commissario ducale.

(4) BALDASSERONI, *Dizionario del commercio*, voce Tribunali.

(5) *Codice per la veneta mercantile marina*, 1786; MANIN, *Giurisprudenza veneta*, 1867, pag. 86.

Digitized by Google

In Sardegna nel 1770 furono creati due tribunali per le materie commerciali, uno a Cagliari, e l'altro a Sassari. L'esempio non fu seguito nei piccoli ducati di Modena e Parma dove le cause commerciali furono sottoposte ai giudici ordinari.

A questi tribunali di commercio erano riservate le cause nascenti dalla mercatura, dalle lettere di cambio, e i giudici erano nominati dai governi, scegliendone alcuni fra il ceto dei negozianti e banchieri; quindi in modo diverso da quello che praticavano le corporazioni ove i consoli giudici erano eletti dal collegio dell'arte senza bisogno di superiore conferma *sed electione legitima facta iurisdictionem a lege concessam exercere posse* (1). Così nel secolo XVIII si ebbero in Italia tribunali di commercio, composti, come quello di Napoli con Prammatica del 1739, di un presidente, tre togati, tre cavalieri, due negozianti, un referendario e un segretario, o come quello di Toscana composto dall'auditore legale, o come quello piemontese composto di un presidente e di due giudici legali, oltre due consoli scelti fra mercanti con voto decisivo nelle materie di mera perizia od uso commerciale, e solo consultivo nelle altre. A questi tribunali fu deferito invigilare il commercio, giudicare le cause commerciali, cambiarie, di concorso ecc., non che le criminali fra nazionali e forestiero per bancarotta e quelle fra straniero e fisco, esaminare le scritture estere di commercio (che prima a Napoli presentavansi al tribunale di S. Chiara per ricevere il *recipiatur*) non che le domande di abilitazione all'esercizio del commercio.

7. Le leggi francesi col *Regolamento organico della giustizia civile e punitiva* del 1806 introdussero nell'alta Italia i tribunali di commercio che furono nel 1808 istituiti anche nel Napoletano. I governi della reazione li abolirono a Modena, Parma e Piacenza; ma negli altri Stati ove avevano dietro sè una lunga tradizione, furono conservati pure innovandoli nella loro costituzione; così si fece in Piemonte col *Regolamento* del 1815 *per le materie civili e criminali*, pel Ducato di Genova e nel 1816 colle *Regie Patenti*. Il governo austriaco pel Lombardo-Veneto colle *Norme di giurisdizione* del 1852 riordinò il Senato di commercio, per le cause in appello del tribunale mercantile e cambiario di prima istanza di Milano e di quello cambiario e marittimo di Venezia che funzio-

(1) STRACCA, *Quomodo in causis mercat. procedendum sit*, parte II, n, 6 (Venezia, 1575, pag. 293).

Digitized by Google

navano fino dal 1818. Nel Senato vi erano accanto ai giudici anche due commercianti con voto consultivo. A Roma Gregorio XVI nel 1834 riordinò questa giurisdizione sulla base francese creando tribunali di commercio a Bologna, Genova, Rimini, Pesaro, e mandando ad Ancona le cause in appello. Riforma radicale si compì in Toscana nel 1848 ove gli antichi tribunali di commercio di Firenze, Livorno e Lucca furono aboliti. Nel Regno delle due Sicilie dopo il 1815 ne furono istituiti nuovi a Foggia e a Trapani.

8. Varia fu la costituzione dei consolati delle arti: dove sedevano in curia solo mercanti, dove si vollero giudici scelti dalla classe dei giuristi, dove questi erano espressamente esclusi, dove si permise che se ne chiedesse il consiglio pei casi dubbi (1): e tale era l'uso antico (2), e continuato per es., a Bologna, ove i giudici sceglievansi tra i dottori che avessero letto per tre anni giurisprudenza in quello studio e fossero matricolati nel collegio dei giudici della città (3). Ma poi nel secolo XVI fu imposto dalle leggi. Così Ferdinando I nel 1588 riformando lo Statuto dei mercanti di Siena considerando che la risoluzione delle cause di essi dipende da articoli di ragione, ordinò che il magistrato dovesse essere assistito dal dottore fiscale da cui pigli parere senza obbligo di seguirlo (4): e così disposero i papi nel riformare gli statuti di corporazioni (5). Nelle revisioni che di molti statuti di arti furono fatte dal secolo XVII in avanti, la presenza di persone pratiche del diritto fu generalmente richiesta, e si costituirono tribunali misti, libere le parti di rimettersi al responso di mercanti ispirato soltanto ai principi dell'equità e agli usi commerciali. A Ferrara era disposto che non solo un giudice intervenisse in tutte le cause ma che il suo

---

(1) Così a Siena nel 1644 e a Cremona nel 1474, cit. da LATTES, pag. 249.

(2) Per Milano, 1214 e 1396; a Parma, 1255, 1266; per Como, 1281; a Pisa, 1305, 1321; per Modena, 1327 (*Statuti di Modena*, I, 182, pubbl. da CAMPORI); per Lucca, 1308 (*Mem. e doc. per servire alla storia di Lucca*, III, parte 3ª), citati da LATTES, p. c.

(3) *Statuti dell'honoranda Università dei mercatanti dell'inclita città di Bologna*, compil. 1509, riform. 1550, e addiz. con molte bolle pontificie fatte allo Statuto del foro dei mercanti, 1704.

(4) Statuti dell'Univ. dei Mercanti e della Corte degli Uffiziali di Mercanzia, riformati da Cosimo II, ed. 1619: CANTINI, XI, 155, XIII; e an. 1644, id., XVII, 61.

(5) Clemente VIII ai negozianti di Ancona an. 1593 e Sisto V an. 1585: nel *Consolato della città di Ancona, raccolta dei privilegi e capitoli*, 1776.

Digitized by Google

voto equivalesse a quello dei mercanti (1). Stracca censurava i mercanti che da *ignari et imperiti se aequitatis magistros esse credunt et inquiunt iurisconsultorum cavillationes non concupiscere nec sequi*: avvertiva che *melius quid aequitas sit iurisconsulti norunt quam ipsi* perchè *ars et natura* lo hanno ad essi insegnato: onde spesso i mercanti pronunciavano sentenze inique. E finiva raccomandando *consultant itaque mercatores in dicendis sententiis iurisconsultos bonosque viros. Dubito an felices essent artes si soli artefices iudicarent: et se lege ipsa clementiores aut aequiores ne putent* (2).

Le sentenze non erano appellabili ai tribunali ordinari, ma sì ai sopraconsoli, o a giudici estratti a sorte o al consiglio generale dei mercanti (3).

§ 2. *Il foro marittimo.*

9. Antiche sono le corporazioni delle genti di mare, che solo nell'associarsi e nella solidarietà potevano sperare appoggio e in ogni momento e in patria e fuori. Esse ebbero un loro diritto e dovettero presto applicarlo per mezzo dei loro dirigenti. È del resto accertato che anche nel mondo romano, come si ebbe una legge per gli affari connessi alla navigazione, così si ebbero anche speciali magistrature per decidere le liti nascenti dalla navigazione.

Accanto ai *quaestores navales* e *classici* che avevano soltanto funzioni amministrative si ebbero a Roma i *decemviri navales* competenti per le arbitrarie occupazioni di spiaggie e per le prede marittime. Vi era il *comes rei militaris* che aveva attribuzioni di giudice mercantile e altri magistrati vi erano per le *naves submersae*, i quali giudicavano senza figura e forma di processo.

Notevole è la formola di investitura del *vicarius portus* presso Cassidoro, dalla quale risulta che a lui competeva risolvere *certamina inter duos populos*, cioè le liti dei naviganti che provenivano da nazioni estere. Nel porto d'Ostia ebbe sotto i Goti attribuzioni giudiziarie la *Comitiva portus urbis romanae* che

(1) *Statuta urbis Ferrariae nuper reformata*, an. 1367, lib. VIII, rubr. 2, ed. 1690.

(2) *De mercatura: quomodo in causis merc. procedendum sit*, Venet., 1575, pag. 318.

(3) Stat. civ. di Verona, c. 24: *non admittam appellationes a sententiis latis a consulibus mercatorum super facto mercatantiae*; Breve com. Pis., 1286, I, c. 61; 1313, I, 76.

Digitized by Google

Cassiodoro chiama *bene inventa dignitas quae copias videtur ornare romanas*. La necessità di definire rapidamente le questioni fra marinai e per cause attinenti al commercio marittimo condusse all'istituzione di giudici speciali che decidessero più coll'equità e cogli usi e con rapide procedure che col rigore del diritto.

Dei *consulatus* o *curiae maris* è menzione nei documenti italiani del sec. XII; se ne hanno notizie certe per Pisa, che ebbe di *provisores* annui destinati a sentenziare *ex aequitate tam civibus quam advenis peregrinis*. Il *Breve curiae maris*, 1298, contiene regole speciali pei processi marittimi (1), modificate nel 1343 e 1468. Genova ebbe curie per la gente di mare, un console investito di giurisdizione sui capitani, padroni di navi, marinai, ecc. (2). In seguito furono istituiti conservatori per la visita alle navi e per le stesse cause derivanti dalla navigazione. A Venezia vi era una tal curia fino dal 1187, e dai *Iudicia a probis iudicibus promulgata* anteriori al 1229 risulta come erano ripartite le cause fra il tribunale del *forestier*, i consoli dei mercanti e i provveditori del mare (3). Nello Statuto del 1255 fu regolata la competenza dei magistrati del mare, e secondo il *Capit. nauticum* si dovevan nominare tre giudici per le cause *que inter euntes in navibus oriuntur salvis quaestionibus quas nos dux et consules elegent definire* (c. 98). Magistrature simili si ebbero ad Amalfi (4), e a Trani vi era un con-« sole eletto per li più sufficienti che se potesse trovare in questo « golfo lo quale propone dice, ferma e definisce » (5).

I consoli di queste città marittime non furono i rappresentanti di una corporazione della gente di mare, ma veri ufficiali pubblici

---

(1) Ed. BONAINI, vol. III, pag. 347. Cfr. anche il *Const. usus* 1280 c. 6 de modo cognoscendi et iudicandi. Vedi PARDESSUS, *Collect. des lois marit.*, II, pag. CXXV; BENSA, o. c.; SALVIOLI, *Consolato del mare*, in *Digesto italiano*.

(2) La prima menzione è del 1206: OLIVIERI, *Serie dei consoli*, 217.

(3) PITZORNO, *Consuet. giudiz. venez. anteriori al* 1229, 1910. Ai Veneziani furono concessi privilegi dagli imperatori bizantini per aver consoli giudici nelle cause che mercanti avessero negli scali di Oriente: v. TAFEL und THOMAS, *Urkunden zur älteren Handels und Staatsgesch. der Rep. Venedig*, 1856, I, pag. 31-40.

(4) ALIANELLI, *Antiche consuet. maritt. meridion.*, 1871; RACIOPPI, *Arch. st. per le prov. napol.*, II, 695.

(5) VOLPICELLA, *Antichi ordin. maritt. di Trani*, 1871. Il privilegio per Messina di re Ruggiero per aver consoli in materie di mare è certo apocrifo: v. HARTWIG, *Codex iuris municip. siculi*, 38; STARABBA, *Consuet. e privilegi di Messina*, 1897, pag. 289.

Digitized by Google

stabiliti nell'interesse del commercio, quindi non solo per definire le controversie nascenti dal traffico, ma anche verificare il carico secondo la portata della nave, esercitare la polizia portuaria, riscuotere i dazi, ecc. (1). Egual carattere ebbero i *consules mercatorum et marinariorum* di Roma, 1165, di Ancona, di Rimini, Sinigaglia, ecc. (2).

Dopo il sec. XIV si ebbe il maggior sviluppo di queste curie. Genova trasformò le sue antiche magistrature marittime nell'ufficio di Gazaria (1313, 1441) che durò fino al 1528, anno in cui fu compiuta la *Reformatio rotae*, o unificazione dei vari tribunali. La Rota di Genova acquistò grande riputazione nelle materie di mare: sedevano in essa uomini di legge e altri pratici del traffico marittimo. Nel 1607 fu messa alle dipendenze della Curia dei conservatori del mare: e nelle leggi del 1578, 1607, 1712, 1762 furono disciplinate le sue attribuzioni e la sua competenza anche penale. A Nizza i duchi di Savoia istituirono nel 1448 un tribunale marittimo, composto da cittadini pratici assistiti da dottori.

10. Nel regno di Napoli fin dai primi tempi della monarchia normanna tra le sette dignità istituite furono poste quelle del Grande Ammirante e del Gran Camerario; dalla prima dipendevano i giudici *protontini* che nelle città di mare amministravano giustizia sulle persone addette alla navigazione: dalla seconda dipendevano i *Portolani*, capitanati dal Maestro Portolano, i quali all'inizio furono funzionari riscuotitori dei dazi nei porti ove venivano gravate le merci che si introducevano, si esportavano e si transbordavano: alle loro funzioni fiscali si aggiunsero in seguito quelle giurisdizionali (3). La Portolania marittima aveva ufficio di « custodire il porto e il lido, onde non si fossero fatti senza licenza imbarchi e sbarchi, la cui cognizione spettava al Portolano ». Sotto il periodo aragonese anche le terre feudali ottennero per privilegio o comprovarono il diritto di avere ufficiali portolani, nome e carica che si estesero anche a altri ufficiali di terra cui « spettava la cognizione e giurisdizione di custodire le vie, le aree pubbliche ac-

(1) SCHAUBE, *Handelsgesch. d. romanischen Völker*, 1906, pag. 772.

(2) Per Roma, *id.*, pag. 617, 620; per Ancona: BELARDI, *Consolato di mare in Ancona nel sec. XIV*, 1902.

(3) CERVELLINO, *Direzione ovvero guida delle Università*, Napoli, 1756, capo 17, pag. 182. GENTILE, *Tribun. dell'Ammiragliato*, 1909; PERRONE, *Il supremo magistrato di commercio*, 1916. E per Bari, v. CARABELLESE, *Saggio di storia del commercio nelle Puglie*, 1900, pag. 150.

Digitized by Google

ciocchè non fossero stati occupati e impediti in modo alcuno ma fossero rimasti sempre liberi per il porto della roba e pel traffico pubblico ». Tanto la Portolania marittima che la terrestre furono all'inizio di nomina regia e solo più tardi anche possedute da baroni o da università. I decreti del Portolano erano appellabili per le cause ordinarie presso la Camera della Sommaria. Le loro funzioni furono regolate da Prammatiche del 1460, 1487, 1519: e speciali provvedimenti furono presi in varie epoche per impedire che eccedessero nelle visite alle navi, confiscassero merci col pretesto di contrabbando, su cui avevano diritto a metà del peso catturato, dissimulassero il vero quantitativo delle merci introdotte od esportate, dividendosi poi la differenza del dazio dovuto, angariassero li stranieri (1).

Oltre i Portolani esercitavano la polizia e la giustizia nelle materie marittime i Consolati di mare e di terra, i delegati delle nazioni estere e sopratutti il Grande Almirante che godè privilegi e prerogative e fu disciplinato da molte prammatiche. In origine la sua competenza era riservata alle genti delle regie galee, ma sotto Carlo V l'ebbe estesa. La Corte dell'Ammirato ebbe grande autorità: i suoi atti dovevano conformarsi alla stessa procedura del supremo Magistrato del commercio, con Pramm. del 1739 e 1783. Questi tribunali finirono sotto la dominazione francese.

Messina ebbe la Corte del Consolato di mare, con privilegio del 1283 (2), e i suoi consoli dovevano « teniri la curti, pronunciari di la sentencia, et in qualsivoglia causa li parti litiganti requedino haviri matura deliberacioni et spaciari la causa » dalla quale sentenza si poteva appellare (3). Anche Palermo ebbe il suo Consolato di mare (4). Nel 1399 gli Aragonesi crearono a Messina il tribunale dell'Ammiragliato. A Termini, a Sciacca e in altre città vi erano tribunali pei caricatoi di grano (5). A Palermo nel

(1) Pragm. 1536, *de offic. procur. Caesaris*, vol. III, pag. 150,-168.

(2) LAMANTIA, *Privilegi di Messina del sec. XIV*, 1897, pag. 7; STARABBA, op. cit., pag. 141.

(3) L. GENUARDI, *Il libro dei capitoli della corte del consolato di mare di Messina*, 1924. Pel diritto marittimo di Sicilia v. FINOCCHIARO SARTORIO, 1904; ZENO, 1914; GIORDANO, 1922. E sulle magistrature antiche di commercio e di mare: MASTRILLI, 1616; VILLABIANCA, *Antichi uffici del regno di Sicilia*; CANDINI, *Codex iuris pub.*, lib. 13; GREGORIO, *Considerazioni*, lib. VI, c. 3 e 7; VII, c. 2 e 7.

(4) Sicul. Sanct., I, pag. 473.

(5) Id., an. 1746; IV, 312; VI, 57, 64, 412.

Digitized by Google

1739 Carlo III creò un tribunale supremo di commercio, composto di tre cavalieri, tre mercanti, tre giudici togati (1). Identici tribunali si ebbero in Sardegna.

§ 3. *Giudici delle fiere.*

11. Giudici e procedimenti speciali erano pur dati per le contestazioni sorte nelle fiere, tra i frequentatori delle medesime e in occasione dei contratti; qui ad esigerli, oltre l'indole della materia, era il carattere delle riunioni che volevano lo scioglimento celerissimo: i termini erano ristretti, molti gli affari e al chiudersi del mercato ognuno doveva essere libero di recarsi altrove, forse in territori dove avrebbe trovato diversi i giudici e le leggi e gli usi. L'origine di questi tribunali è antica. Il diritto di tener mercato era *ius regale*, e come regalia fu concesso, infeudato. La riunione di mercanti all'ombra di una chiesa o di un castello feudale ove gli accorsi trovavano protezione, in gravi pene incorrendo coloro che turbavano la pace del mercato, apportava vantaggi al concessionario; e perciò si accordavano esenzioni di tasse e pedaggi, si offrivano agevolezze, e parve opportuno ammettere anche una giustizia speciale per le controversie nascenti dalle negoziazioni fatte nel mercato.

Questa deve esser stata l'origine e la ragione dei tribunali delle fiere fino dal secolo XII, come concessione, rinunzia fatta da chi aveva diritto a esercitare giustizia in favore di colui al quale concedevasi la facoltà di tenere *forum, mercatum, nundinas*, uno o due volte all'anno (2); e assieme alla concessione era dato anche il *ius administrandi iustitiam* nel *forum annuale* o *septimanale*, in modo che *iudex illius provinciae non debeat habere iurisdictionem vel potestatem puniendi maleficia* » (3).

Questa facoltà comprendeva il giudizio sui reati, come sulle controversie civili, *de questionibus emergentibus in mercato vel occasione mercati*, limitatamente però alle piccole somme (4).

---

(1) *Sicul. Sanct.*, II, pag. 85, 122; IV, pag. 237.

(2) SCHAUBE, op. cit., pag. 76, 79, 90, 714.

(3) an. 1115, in *R. Arch. neapolit. monum.*, app. 21; an. 1218: diploma di Federico II, in HUILLARD-BRÉHOLLES, *Historia diplom. Friderici II*, I, 553; YVER, *Commerce et marchands dans l'Italie merid. au XIII s.*, 1903, pag. 76.

(4) *Statuti del Comune di Padova dal sec. XII al* 1285, Padova, 1873.

Digitized by Google

Gli stessi Comuni italiani che diedero tanto incremento ai mercati periodici, che costituivano la manifestazione caratteristica dell'economia urbana, li vollero regolati da giudici speciali che dirimevano immediatamente le questioni nascenti fra compratori e venditori, in modo che, chiuso il mercato non restassero strascichi di liti (1). Così a Pisa nel 1164 era ogni anno indetta una fiera di quattordici giorni: *et in ipso mercato duos consules et provisores et vigilem et duos treguanos pro iustitia facienda* erano nominati dal podestà (2); treguani, cioè lo stesso titolo che davasi ai giudici ordinari per le cause civili. Eguali giudici sono nominati negli Statuti di Bologna del 1245 (3), che ad ogni fiera deputavano *quatuor judices causarum*, dai quali *ius fori et mercati reddatur secundum consuetudinem fori sive mercati non servata sollempnitate statutorum com. Bon., sive conditione alicuius statuti*. Le stesse norme si applicavano alle liti nascenti da lettere di cambio (4).

12. Se l'Italia non ebbe fiere così importanti come quelle di Champagne, che furono i più grandi mercati franchi per il commercio internazionale fra il Mediterraneo e le regioni del mare del Nord, contò molte fiere regionali, punti di ritrovo pei mercanti delle merci più necessarie per le popolazioni cittadine e campagnole. Anche le fiere italiane erano divise in tre periodi, quello del franco arrivo dei mercanti senza pagar dogane, godendo della pace della fiera, quello della fiera e l'ultimo della chiusura, dal qual momento decorreva il termine legale pei pagamenti, essendo le fiere centri importanti del commercio di cambio e di banca riuniti nelle mani dei banchieri che erigevano le loro tavole coperte da una tela sul campo stesso delle fiere: delle quali l'importanza durò fino all'epoca moderna, e in tutti gli ordinamenti di esse, si trattasse di fiere generali o speciali, era inclusa la nomina di magistrati, le cui funzioni duravano pel tempo della fiera e solo in casi urgenti potevano essere prorogate (5).

---

pag. 566; *Liber iurium* di Genova, I, n. 376, 469; *Chartar.*, II, 185, 200, 220, 237; CANALE, *Storia di Genova*, II, 516. Per Verona, *Stat. dom. mercat.* I, 24.

(1) *Stat. di Padova*, pag. 564.

(2) Breve Comun. Pisar., 1164, in BONAINI, I, 29.

(3) *Statuti di Bologna*, ed. FRATI, I, pag. 345, 404, lib. IV, r. 19.

(4) Id., II, 220, 222; III, 67, 325; Stat. campsor., 1245, r. 35, in *Statuti della società del popolo di Bologna*, ed. GAUDENZI, 1896, II, pag. 74.

(5) SCACCIA, *De commerciis et cambiis*, § 2, gl. 4; *Decis. Rotae Genuae*, XXIII, 6.

Digitized by Google

In Piemonte si ebbero le fiere di Nizza, di Chambery e di Torino; negli Stati pontifici quella di Sinigaglia.

Rinomata fu la fiera di Piacenza ove i maestri di fiera avevan anche giurisdizione criminale, con appello al Senato di Genova (1). Tali facoltà derivavano da privilegio o dal diritto spettante alla corporazione dei mercanti, che ne affidava l'esercizio ai suoi consoli, o da legge; così in Piemonte erano i sovrani a nominare i giudici e i conservatori di fiere che decidevano assistiti da due o tre persone esperte nei negozi. A Napoli le fiere eran tenute solo con permesso del principe, che accordava ai baroni diritto di tenervi tribunale. In diritto giudice di fiera doveva essere ufficiale regio; ma anche questo banco era per lo più infeudato. Laddove non lo era, furono nel 1589 istituiti i *mastri delle fiere* o *Mastrigiurati* con ampia giurisdizione civile: ma nelle criminali dovevan giudicare col voto del giudice ordinario (2). Il procedimento era sommario, *ad horas*.

Fiere si ebbero a Messina e a Palermo e in altre città e terre; *feri franchi in li festivitati secundo li devotioni di li cittati per allegrizza et contentizza delli populi* (3); ma nelle capitali non s'incontrano magistrature speciali se non siano quelle dei magistrati del commercio. Anche le Sicule sanzioni non contengono norme analoghe alle Prammatiche napoletane: ma può ritenersi che la direzione delle fiere spettasse ai maestri giurati delle Università e delle terre baronali assistiti dai catapani, cui competeva la vigilanza in tutte le vendite di merci, vettovaglie ecc.; giudizi sommari senza appello (4).

Nell'epoca moderna si mantennero e regolarmente delle fiere; si hanno pel Piemonte le patenti del 7 settembre 1770, e per la Toscana il Motu proprio del 17 aprile 1782, 10 aprile 1792, ma senza una menzione di speciali giudici, che nemmeno più figu-

---

(1) Vedi R. DE TURRI, *De cambiis*, disp. 1, qu. 4. Il Senato mandava a Piacenza un console e due consiglieri. Tale diritto fu accordato nel 1609 al Senato di Milano: e così Piacenza ammetteva autorità estere sul suo territorio a giudicare.

(2) Pragm. de iurisd. mag. iurati: de officio iudicis. Pragm. X, § 85 e altre pramm. nell'ed. di ALF. VARIUS, III, 75, 78, 83, 130.

(3) Capitolo di Ferdinando II, nei *Capitula regni Siciliae*, ed. TESTA, I, pag. 547; confermato da Carlo V, id., II, pag. 21.

(4) Capitula Federici, 11 e 181; Alphonsi, 161; Pragm. XVIII, 58, tomo II.

Digitized by Google

rano nel Decreto per la Venezia del 16 ottobre 1807, nè in quelli del governo parmense del 1835, 1854, 1855, e per gli Stati pontifici del 26 marzo 1826.

§ 4. *Il tribunale degli ebrei.*

13. Anche la legislazione giustinianea aveva riconosciuto agli ebrei di vivere secondo il loro diritto, almeno quando *communi pactione ad similitudinem arbitrorum in civili dumtaxat negotio putaverint litigandum*: in tal caso *eorum sententias iudices exequantur, tanquam ex sententia cognitoris arbitri dati fuerint* (1). Se la contesa era fra cristiani e ebrei *non a senioribus Iudaeorum sed ab ordinariis iudicibus derimatur* (2), poichè essi *communi iure romano viventes* in tutto erano sottoposti alle leggi romane. Risulta così che al tempo imperiale le comunità israelitiche erano sotto ai loro *seniores* davanti ai quali come arbitri potevano compromettere, e le sentenze pronunciate erano da osservarsi. Tale situazione giuridica non fu alterata dagli Ostrogoti (3).

Nell'impero franco gli ebrei ebbero libertà di commerciare: *de rebus eorum propris facere commutationes et proprium suum cuicumque voluerint vendere* (4). Erano inclusi fra i *legitimi mercatores* stavano sotto il mundio regio *in mundio palatii* e dovevano *sub mundeburdo et defensione nostra quiete vivere et partibus palatii nostri fideliter deservire* (5). Le leggi non si occupano che delle cause fra cristiani ed ebrei da decidersi per *tres idoneos testes cristianos et tres hebreos similiter idoneos in testimonium* senza ricorrere al giudizio di Dio (6): dunque procedura speciale ma davanti al tribunale pubblico. Però le leggi parlano di una *lex iudaeorum* e di *magistri iudaeorum* (7) il che rende probabile l'esistenza di una giurisdizione arbitrale dei Rabbini. Lo stesso riconoscimento che potessero vivere fra loro almeno secondo la legge mosaica (8), ri-

(1) L. 8, Cod. Iustin., I, 9; l. 10, Cod. Theod., II, 1.

(2) L. 15, id. JUSTER, *Juifs dans l'Empire rom.*, II, 175, 1914.

(3) Edictum Theodorici, 143: *inter se iurgantes... eos iudices habere necesse est.*

(4) Form. imperiales, 30, pag. 209.

(5) Id., n. 30, 31.

(6) Id., n. 52.

(7) Capit. de disc. palatii, c. 2, BORETIUS, pag. 298.

(8) *Iudaei qui apud Romanos conversant suam legem inter se ipsos custodiant: nam omnia alteras causas quae apud Christianos habuerint, iudices Christianorum inter eos iudicent.* MURATORI, *RISS.*, II, 1.

Digitized by Google

chiedeva che i giudici uscissero dal seno della comunità e non fossero i loro persecutori. Protezione e vigilanza sopra essi esercitava qualche volta il vescovo; anzi alla di lui giurisdizione i Normanni sottoposero gli ebrei di Sicilia (1), e solo nel 1325 furono richiamati sotto l'impero dei tribunali ordinari (2), il che concordava con quanto praticavasi dai Comuni dell'Alta Italia e con quanto dicevano i giuristi: gli ebrei essere *de populo civitatis*, *de populo romano* (3) e potere godere privilegi di immunità come i cristiani (4): quindi doversi mantenere per essi la giurisdizione ordinaria, nello stesso modo che si intendevano compresi nelle generali disposizioni di legge o statuto (5).

14. Ma le tante colonie ebraiche sparse nelle città dell'Italia settentrionale e centrale cercarono sempre il giudizio o l'arbitrato dei rabbini, i quali pure armati di sanzioni spirituali imponevano le loro decisioni; e cercarono anche che tali facoltà fossero riconosciute dalle leggi, e spesso ottennero tale concessione o la posero come condizione e compenso nei prestiti frequenti fatti alle signorie e ai sovrani, specialmente dopo il secolo XVI: e ciò tanto più che il foro ecclesiastico reclamava poteri sugli ebrei; anzi certa dottrina dava al vescovo larghi poteri giurisdizionali anche su essi, e diceva essere soggetti a lui nelle cause spirituali, e nelle miste farsi luogo alla prevenzione, cioè doversi riconoscere il foro che prima era stato adito (6). Quindi nel caso di bestemmia, di giuramento, in materia di usure, di reati *circa ius naturae et divinum*, di offese a chierico, di mancanze contro la fede o i canoni dovevano essere giudicati dal vescovo (7). Si diceva anche che a tale tribunale dovessero portarsi le loro cause matrimoniali (8). Si comprendono i loro sforzi per sottrarsi a tali imposizioni, e ciò premeva loro specialmente in materia di ripudi, di computazione di gradi di pa-

(1) PIRRI, *Sicilia sacra*, pag. 75, an. 1089; pag. 132, an. 1210, dipl. di Federico II. Altri diplomi, an. 1254, 1266, pag. 135, 764.

(2) DI GIOVANNI, *L'Ebraismo della Sicilia*, 1748, pag. 49; LAGUMINA, *Cod. dipl. dei Giudei di Sicilia*, I, 1884.

(3) SOCINUS. *Consilia*, 62.

(4) ALEX. TARTAGNA, *Consilia*, lib. VI, cons. 99; lib. VII, cons. 13; IASONIS, *Lecturae*, in Digest. de iustitia et iure.

(5) MASCARDUS, *Conclus.*, 944, n. 23.

(6) CALDERINI, *Consilia*, 125 e 489.

(7) BALDUS, *Consilia*, lib. II, 100, 315; DECIANUS, *Tractat. crimin.*, lib. V, c. 15; MARQUARDUS, *De iudiciis*, part. II, c. 9.

(8) ABBAS PANORMITANUS, *De usuris in c. post miserabilem.*

Digitized by Google

rentela. Probabilmente qui ottennero presto il riconoscimento della legge mosaica: Baldo dice che al suo tempo gli ebrei erano giudicati nelle cause matrimoniali davanti ai rabbini e ai seniori secondo i riti giudaici (1). Qualche altro legislatore avrebbe concesso l'osservanza della legge mosaica anche per le successioni, essendo così più agevole escludere le donne (2).

Sta il fatto che ai rabbini vennero presto devolute le cause dei matrimoni, secondo il rito ebraico: e il tribunale loro non tardò ad estendersi in quei paesi dove le colonie erano numerose e ricche. Il Piemonte ne offre i primi esempi: nel 1355 Amedeo VI concesse agli ebrei un foro speciale criminale che, revocato da Amedeo VIII, venne loro restituito da Carlo Emanuele ed esteso a tutto lo Stato e confermato con successivi editti (3). Questo per le cause fra ebrei: quando poi una delle parti professava la religione cristiana secondo un editto di Carlo III del 1551 la lite poteva venire discussa soltanto dinanzi al giudice o conservatore degli ebrei (4), diritto confermato nel 1561 con cui si deputò ad essi un conservatore che aveva cognizione delle loro cause civili e criminali attive e passive (5). Il conservatore durava in carica tre anni e si eleggeva dal principe fra senatori e sopra una terna presentata dagli ebrei (6). Nel 1582 fu riconfermato il diritto di ricorrere al rabbino nelle loro controversie (7).

Tali privilegi ottennero riconferma dai sovrani piemontesi in varie epoche e durarono fino al 1729 anno in cui furono gli ebrei sottoposti alla giurisdizione comune (8). Eguali privilegi

---

(1) BALDUS, *Consilia*, lib. V, 422.

(2) CALDERINI, *Consilia*, 359; MARANTA, *Praxis*, dist. III, n. 49.

(3) Stat. di Amedeo VI, ed. NANI; id., ed. BURAGGI; DUBOIX, *Raccolta delle leggi di Casa Savoia*, II, 316. Nelle cause fra Ebrei sia « in facoltà dell'attore e del reo ricorrere dai loro Rabi tanto abitanti negli Stati nostri che fuori per ottenere opportuna provisione, come è solito farsi fra loro ebrei, col diritto di esecuzione da parte dei rabbini con scomuniche ».

(4) BORELLI, *Editti antichi e nuovi dei Principi di Savoia* (Torino, 1861), an. 1603, pag. 1230; an. 1616, pag. 1243: « Nelle differenze loro potevano eleggere arbitri hebrei overe andare dalli rabini loro per ottenere giustizia conforme alle lor leggi e riti senza appello ai tribunali superiori ».

(5) DUBOIN, II, 288.

(6) Id., II, 344.

(7) Id., II, 317.

(8) Id., II, pag. 282.

Digitized by Google

furono accordati alle comunità israelitiche del Monferrato, di Asti, ecc. (1).

15. A Roma gli ebrei erano giudicati davanti il Vicario del papa, e nelle altre terre dello Stato pontificio Sisto V assegnò il giudizio ai vescovi o ai capi del governo del luogo in cui abitavano (2). Da ciò quella dottrina che obbligava il vescovo osservare la legge mosaica, quando non contraria al Vangelo o non riprovata dai canoni (3). E sulla pratica dei tribunali romani nelle cause degli ebrei, comprese quelle di matrimonio (in cui di regola era competente il foro ecclesiastico, come causa spirituale) si vennero a costituire norme consuetudinarie che ebbero lunga vita fino ai tempi recenti (4). Una sola eccezione era fatta per le cause di fallimento, quando concorrevano altri creditori; in tal caso erano tenuti a presentare le loro azioni al foro del concorso (5).

L'applicazione della legge mosaica a certe loro controversie costituiva un vantaggio; cosichè in confronto degli altri Stati d'Italia, gli ebrei godettero una situazione buona nel dominio pontificio. A Ferrara, dove sin dal trecento la comunità si regolava con propri statuti, ed era retta da presidenti e deputati, nel 1455 ottenne il primo forense privilegio, cioè che le cause degli ebrei fossero discusse davanti la Curia del giudice dei savi, magistrato supremo del Comune ferrarese. Questo privilegio non si estese alle sole liti civili ma anche ai processi penali; in questi il giudice dei savi si associava il podestà cittadino e altro magistrato competente. La concessione fu rinnovata nel 1489 limitandola però soltanto a cittadini ed escludendo i forensi e gli stranieri; fu confermata

---

(1) DUBOIN, pag. 288; BORELLI, an. 1603, c. 22, pag. 1230: «Concediamo a essi hebrei particolar privilegio che niuno abbia cognitione sopra loro, che li suoi conservatori e sottoconservatori, tanto nelle cause che loro saranno attori quanto in quelli che saranno rei, tanto civili come criminali». — Il conservatore era naturalmente un cristiano e poteva essere anche un ecclesiastico: DUBOIN, II, 281. — Ad Alessandria venne nominato giudice esclusivo degli ebrei il podestà invece di un conservatore. Altre conferme del 1723 e 1729 vedi in DUBOIN, pag. 696, 702.

(2) *Bullarium romanum*, VI, 350, 404; VIII, 786. Con bolla 1586 vietò citarli nei giorni di festa del calendario israelitico.

(3) CALDERINI, *Consil.*, 10 e 359, *de constit. legis mosaicae*; MARANTA, *Practica*, dist. III, n. 58.

(4) *Reformatio tribunalium urbis Romae*, § 7, de iurisdict. in Hebreos; RIDOLPHINUS, *Praxis*, parte I, c. 7.

(5) SALGADUS, *Labyrinthus creditorum*, parte I, c. 7, n. 54.

Digitized by Google

nel 1573, poi nel 1598 da Clemente VIII. Nè sempre facile fu l'esecuzione del privilegio che nel 1631 il vescovo lo contrastava, e anche il consultore delle gabelle al quale spettava la trattazione delle cause commerciali, e riteneva di sua competenza esclusiva le liti fra cristiani ed ebrei per lettere di cambio (1). Nel 1766 soltanto ottenero gli ebrei che i rabbini fossero giudici delle loro cause, privilegio riconosciuto nel 1700, e si stabilì che le sentenze dei rabbini fossero trascritte da scrivano avente gli stessi diritti di un pubblico notaio. La competenza del rabbino era per le piccole somme (inferiori a 5 scudi) e i rabbini potevano punire chi avesse invocato i giudici ordinari. Fu abolita nel 1707. Pel regolamento legislativo del 1834 gli ebrei dipendevano dalla Congregazione dell'Inquisizione; e al cardinal vicario incombeva emanare provvedimenti disciplinari sì pel contenzioso che pel civile.

Da speciali magistrature dipendevano a Mantova: e così in Toscana per la legge Gismondina del 1478, secondo la quale tanto nelle cause civili che criminali gli ebrei erano sottoposti al Magistrato degli Otto di Balia, e dal 1677 alla Curia di Mercantia. Invece a Livorno erano giudicati dai massari della sinagoga, e nelle cause coi cristiani dal Conservatore (2).

16. Nel regno di Napoli nessun foro speciale, ma persecuzioni: per es. fu imposto agli Ebrei con Prammatica del 12 gennaio 1509 di portare in petto il segno di panno rosso, e vent'anni dopo berretto di panno giallo.

Nel 1708 furono espulsi, per essere richiamati nel 1740, accordandosi loro salvacondotto per 50 anni. Allora si dispose che non fossero soggetti alle matricole e alla giurisdizione dei consoli delle arti; ma «se mai sorge differenza o litigio fra alcun cristiano ed alcun ebreo per qualche materia alle suddette arti appartenenti» in tal caso decideranno giudici delegati dal re. Fu inoltre loro concesso un ministro delegato di Napoli, uno a Palermo e un altro a Messina «a giudicare tutte le cause fra cristiano ed ebreo e quelle fra ebreo ed ebreo per delitti punibili con pena maggiore dell'esilio e della relegazione. Le altre cause fra ebreo ed ebreo dovevano essere giudicate dai loro massari pri-

(1) ROBERTI M., *Privilegi forensi degli Ebrei in Ferrara*, negli *Atti e Memorie della R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova*, XXIII, 1907.

(2) CANTINI, X, 297; XIV, 15; XVII, 367; SABELLI, *Practica*, voce Haebraei.

Digitized by Google

vatamente dai quali se si sentivano gravati avevano ricorso alla protezione regia. Se alcun ebreo si mescolava con cristiano o cristiana, turco o turca, moro o mora erano privatamente processati innanzi al loro delegato, il quale doveva avere le sportule come i giudici ordinari [1]. Ma essendo entrati nel regno soltanto ebrei poveri « senza fondi, senza capitali e senza credito ma solo colla consueta loro avidità di arricchirsi per via delle straordinarie usure » nel 1747 i privilegi furono revocati e fu ordinata l'espulsione. E tanto meno si possono cercare privilegi di questo genere per la Sicilia e la Sardegna [2]. Anche dove essi ebbero la facoltà di far giudicare dai rabbini le cause loro, questa facoltà perdette ogni valore quando fu proclamata la loro eguaglianza di fronte alla legge; nello stesso tempo perdettero il beneficio di essere giudicati secondo la legge mosaica nelle loro cause matrimoniali.

§ 5. *Il foro degli studenti.*

17. Gli studenti di Bologna ebbero concesso da Federico I, 1158, il privilegio di essere giudicati *coram domino vel magistro suo vel ipsius civitatis episcopo* (Auth. Habita: Cod. IV, 13); in esso applicavasi la prescrizione di Giustiniano che il preside della provincia, il vescovo e i professori sopraintendessero ai copisti di Berito ed esercitassero disciplina e vigilanza sugli studenti. Quel privilegio fondò il foro degli studenti, i quali uniti in corporazione ne affidarono la direzione ai loro professori. Questi però presto si trovarono nella impossibilità di esercitare la giurisdizione criminale *nam per dom. doctores male puniuntur maleficia* (Odofredo), e tennero solo la civile, amministrata dal rettore, dal vescovo e dal podestà, detto *iudex ordinarius Scholarium*: il rettore era giudice della corporazione, il vescovo e i professori erano giudici pel privilegio imperiale. Alle loro sentenze però occorreva la sanzione del podestà per l'esecuzione, potendo solo il rettore escludere i renitenti e disobbedienti dallo Studio; finchè nel 1544 papa Paolo III e nel 1563 Pio IV ordinarono che la competenza del rettore fosse riconosciuta dalle autorità municipali, tanto nel civile che nel criminale, salvo appello al Governatore pontificio.

---

(1) *Pragmaticae R. Neapol.*, ed. ALF. VARIUS, I, 530 e segg.

(2) SENIGAGLIA, *Cond. giurid. degli Ebrei in Sicilia*, in *Riv. ital. delle scienze giuridiche*, 1906.

Digitized by Google

Gli scolari portarono con se, ovunque si recarono ad aprir studio, il privilegio di Federico, perchè *scholaris habet privilegia notata in Auth. Habita nisi in criminalibus*, dicevano i glossatori: *potest conveniri in loco studii ubi delinquit: - scholaris studens in propria civitate non gaudet privilegiis - scholaris vagabundus gaudet privilegis - matriculatus sed non intrans ad lectiones non gaudet privilegiis nisi vacet studio; non habetur pro studente et privilegiis non gaudet - absens a studio pro quinque annos perdit matriculam* (1).

Il privilegio fu osservato a Perugia, Padova, Pavia, Roma (2), ovunque erano studenti *nisi civitas studii sit interdicta* (3); e siccome a Bologna gli studenti avevano quattro giudici, così li avevano anche negli altri studi, con facoltà di elezione, salvo che dovessero per chiericato essere convenuti davanti al vescovo (4), o per essere *extra locum studii*, nel qual caso dovessero *conveniri coram iudice loci in quo sunt, nec ibi habeant plures iudices quos habent in loco studii tantum* (5).

In quanto al giudice rettore, lo scolaro aveva il diritto di sceglierlo fra i diversi *magistri*.

Furono sollecite le città italiane di favorire gli scolari che accorrevano in esse, riconoscendo il privilegio del rettore, a cui, per es., Padova nel 1550 attribuiva giurisdizione ordinaria su scolari e bidelli; potevano gli uni e gli altri invocare il foro del vescovo ma con licenza del rettore. L'esecuzione delle sentenze rettoriali spettava sempre al Podestà.

All'Università di Roma fondata nel 1303 da Bonifacio VIII furono estesi i privilegi forensi: gli studenti giudicati dal rettore eran così esenti dal tribunale capitolino per le cause sì civili che criminali, salvo quelle di omicidio. Gli scolari vaganti per ragione di studio potevano essere citati *coram magistro vel Vicario romani pont.* o nella curia senatoriale. Anche gli statuti del 1477 rico-

---

(1) BARTOLUS, in l. quaesitum, *Dig. de legatis*; l. 2, *Cod. de incolis*; ANT. DE BUTRIO, in c. quod clericus X de foro compet. Commentando l'Autentica furono svolte questioni sul domicilio, sull'*animus revertendi*, sull'acquisto della cittadinanza, sul foro competente, ecc.

(2) Glossa in c. cum ex eo, de electione in VI: *scholaris studens in studiis approbatis ex privilegio vel consuetudine, ut Bonon., Perusinum, Paduanum, Romanum, Papiensem gaudet privilegiis.*

(3) INNOCENTIUS, in c. gravamen X de sent. excomun.

(4) BALDUS, in Auth. cum clericis, *Cod. de episc. et clericis.*

(5) BARTOLUS, in l. fin. *Cod. de argentariis.*

Digitized by Google

nobbero al rettore competenza *in criminalibus quam in civilibus etiam si essent delicta vel offensae cum sanguinis effusione*, salvo il furto e l'omicidio che dovevano essere giudicati dal podestà colla presenza del rettore *si praemonitus adesse voluerit*. Nell'Università di Ferrara la giurisdizione civile per le cause minime era affidata ai riformatori dello studio per la Bolla pontificia del 1602; il che dimostra come, avvicinandosi i tempi moderni ma più scadendo l'importanza degli antichi studi, andassero scemando i privilegi accordati agli studenti, che si mantennero importanti solo nelle epoche vicine alla fondazione degli studi.

Parimenti i duchi di Savoia più gelosi delle prerogative di Stato sottoposero gli studenti alla giurisdizione ordinaria per le cause criminali, e anche per le civili crearono un magistrato speciale, il conservatore degli studi, che aveva la cognizione delle cause civili e criminali degli studenti e dei professori, fossero attori o convenuti. L'ufficio durò fino al 1729, quando fu costituito il Magistrato della Riforma, presso il quale un assessore era delegato alla trattazione delle cause civili e delle leggiere cause penali degli studenti e addetti all'Università di Torino, come anche di altri istituti scolastici. Di tale ordinamento giurisdizionale è anche menzione nelle costituzioni dell'Università di Torino riformate nel 1771 (1).

Dopo il secolo XVI quelle stesse Università che più godettero il favore dei governi, come quella di Padova, di cui la repubblica veneta tanto promosse lo sviluppo (2), al punto di accordare al rettore la giurisdizione su tutti i professori e gli scolari e a tutti i non padovani addottoratisi in Padova che continuavano ad abitare in Padova — dovevano però sottoporre alle autorità pubbliche le sentenze pronunziate dai rettori perchè divenissero esecutive.

Anche a Napoli, sebbene università di Stato, gli studenti ebbero gli stessi privilegi al tempo degli Angioini che istituirono un giustiziere per le cause civili e criminali, attive e passive degli studenti, lettori, bidelli, salva sempre la licenza di eleggere il giudizio dell'arcivescovo. Nel 22 novembre 1616 una prammatica del vicere duca di Ossuna *de regimine studiorum* nominò il Cappellano

(1) DUBOIN, III, 1610; XVI, 104, 118, 156. Vedi le storie delle singole università.

(2) BRUGI, *L'Università dei giuristi in Padova nel Cinquecento*, Venezia, 1922.

Digitized by Google

maggiore prefetto del Ginnasio napoletano che così sostituì il *iustitiarius scholarium* che fino allora aveva amministrato giustizia nelle cause civili e criminali degli scolari e maestri [1]. Il cappellano doveva riferire al Consiglio collaterale per le sentenze di condanne alla morte civile o naturale. E queste funzioni esercitava ancora nel secolo XVIII.

§ 6. *Il foro dei monetieri.*

18. Collegata alla *familia monetalis* dell'Impero, associazione analoga agli *incerta corpora*, fu nel medio evo la corporazione dei monetieri, il cui mestiere era ereditario. Quella *familia* comprendeva gli *officinatores* capi dell'officina, gli *exactores* ricevitori del metallo, i *nummularii* incisori, gli *aequatores* ecc.: tutti stavano sotto la sorveglianza del *praefectus urbis* [2]. La loro organizzazione collegiale continuò sotto gli Ostrogoti e i Franchi, e forse anche in seguito, finchè al sec. XIII corporazioni di monetieri trovansi nelle città italiane, con privilegi e statuti [3], privilegi ben superiori a quelli che godevano altre corporazioni [4]. Pare che si dividessero in due collegi, quello dei maestri monetieri e quello dei subalterni od operai di zecca detti *overeri*, con matricole separate, che i *magistri overerii* si reclutassero dagli operai inferiori, dopo un tirocinio e, vacando i posti, dopo votazione che ne attestasse l'idoneità [5].

I *magistri monetarii* costituivano un altro collegio a cui appartenevano quelli che erano *de lignagio monete*, ossia che di padre

---

(1) Capit. inter virtutum dona: tit. Privilegia stud. neapol. Vedi le memorie di MONTI, CORTESE e altri pubbl. nel vol. *Il VII centenario dell'Univ. di Napoli*, 1924.

(2) Tale corporazione trovasi a Lucca nel sec. XII: BINI, *Accad. di Lucca*, XVI, 104. Nel 1297 una *societas o consortium* di monetieri giurò ad Amedeo di Savoia di coniare monete buone e in compenso ebbe franchigie; i monetieri dipendevano da un *magister monetae*; DUBOIN, XVIII, 744. Sui monetieri e loro diritti, vedi SALVIOLI, *Il diritto monetario dalla caduta dell'Impero rom. ai giorni nostri, Studio giuridico-econ.*, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, alla voce *Moneta*.

(3) Diploma di Enrico VII, an. 1311, ai monetieri dell'Impero *et de provincia Italiae*, in ARGELATI, *Delle zecche d'Italia*.

(4) BINI, op. cit., XV, pag. 99; ARGELATI, III, pag. 57, an. 1385.

(5) Id., pagg. 100, 102.

Digitized by Google

in figlio esercitavano l'arte del conio (1): anche essi dovevano prima lavorare da novizi, poi alla morte di un socio concorrevano al posto vacante, e la loro nomina era notificata a tutto i monetieri. Chi aveva un diritto esclusivo al coniare, un *dominium in moneta et eius exercitio et magisterio et fabricatione cuneorum et intalliatione cuneorum et omnibus aliis ad ipsam monetam pertinentibus* l'aveva solo per privilegio imperiale (2) o per diritto ereditario.

Chi non era *de lignagio monete* era ammesso nella corporazione solo coll'assenso degli *overerii* e *monetieri*, e poi giurava di osservare gli statuti « ad onore di Dio, del papa e del Sacro romano impero », e l'eletto era insignito *fascibus* e immesso nel godimento di tutti i diritti e privilegi, fra cui il seguente: *Nullus eorum teneatur alicui de se conquerenti utilibet romani imperii quavis occasione in civili aut in criminali nisi solummodo coram magistris eorum praesidibus imperialis monetae de iustitia respondere excepto de homicdio, raptu virginum, robaria seu schacho, quibus casibus teneantur subire suorum iudicium et examen* (3). Privilegi simili, presi in parte dal diritto francese, trovansi in Piemonte, dove ai monetieri fu accordata la nobiltà, titolo di patrizi e facoltà di nominare giudici (4). Eran fuori del diritto comune: potevan portare armi, girare liberamente, non subire sequestri o confische di metallo o istrumenti: non essere convenuti a tribunale pubblico se non per omicidio e furto, essendo per gli altri casi sotto la giurisdizione del maestro delle monete (5). Fu questa riconosciuta nei con-

(1) Stat. Comunis Lucani, 1308, lib. I, rubr. 3, in *Memorie di Lucca*, III, parte 3, pag. 26.

(2) Id. In margine al codice leggesi: *hoc privilegium erat penes singulas personas cudentes.*

(3) Bini, cit., XV, 103; XVI, 212; Argelati, II, 273. I monetieri costituivano un'organizzazione internazionale: tenevano assemblee generali, si riconoscevano a segni e si accordavano per difendere i loro privilegi. I processi verbali di queste assemblee sono pubblicati da Perrin, *Monnayage en Savoie, Mémoires de la Société Savoisienne d'histoire et d'archéologie*, t. XIII; Chaponnière, *Mémoires de la Société d'histoire et d'archéologie de Génève*, t. II. Vedi anche Perrin, *De l'association des monnayeurs du St. Empire romain*, nella *Miscellanea di storia italiana*, t. XIII, pag. 449 e segg., Torino, 1873.

(4) Promis, *Mon. di casa Savoia*, I, 389; Cibrario, *Finanze di casa Savoia*, in *Opere*, 1860, pag. 137.

(5) Privilegi pei monetieri, in Affò, *Zecca di Parma*, 237; Zanetti, *Monete e zecche d'Italia*, I, 267, 273; III, 22; IV, 499, 500; Argelati, I, 145; Crespollani, *Zecca di Modena*, n. 30, an. 1536; Duboin, XVIII, 793, 814. Così a Milano: vedi *Const. mediol.*, ed. Verri, pag. 45.

Digitized by Google

tratti che le città stipulavano quando appaltavano la zecca (1): i Comuni si obbligavano a non intromettersi nelle questioni fra maestri e lavoranti (2); e anche il capo della società era sottratto ai tribunali inferiori e sottoposto alle curie superiori in caso che falsificasse la moneta (3). Privilegi importanti tanto più che ad essi era affidata la sorveglianza delle monete in circolazione, quindi verificarle, pesarle, saggiarle, e ingerirsi in tutto ciò che si atteneva all'arte del cambio, allora prerogativa regia, ed appaltato (4). Dove i monetieri non ebbero tale sorveglianza, si ebbero magistrati speciali pei reati di moneta « con privativa di ogni altro tribunale che proceda, si informi, definisca senza processo, reietta ogni appellazione, salvo ricorso, ecc. » (5). Questi poteri ebbe a Roma la Camera apostolica, in Piemonte la Camera delle Monete (1358) che ebbe vita fino al 1816 (6); a Napoli e in Sicilia fin dal secolo XIV il *banchum iustitiae*, detto in seguito *banco del rifiuto* o *del contrasto*, con diritto di procedere a sequestro di moneta cattiva o sospetta, visitare banchi, ecc. (7).

Tutti questi ordinamenti e assieme ad essi i privilegi della corporazione tramontarono nella seconda metà del secolo XVIII. La rivoluzione francese li estinse interamente. Però anche prima in qualche luogo i monetieri erano stati sottoposti al diritto comune: così a Lucca dove fino dal secolo XIV il *coetus monetariorum* fu abolito (8). In Piemonte la Camera dei conti spesso si era opposta ai privilegi accordati dai duchi, negando l'interinazione delle lettere patenti emanate per confermare i privilegi di zecca (9).

---

(1) Contratto con Macerata, 1392; ZANETTI, IV, 500.

(2) Contratto con Perugia, 1259; VERMIGLIOLI, *Zecca di Perugia*, pag. 58.

(3) Capitolato in Guastalla, 1730: AFFÒ, in ZANETTI III, 102.

(4) È il *cambium regis*. Si riteneva che le monete straniere si dovessero cambiare secondo una tariffa ufficiale, cioè secondo un valore attribuito a piacere: e questo valore era attribuito dai monetieri, che in Sicilia potevano arrestare gli spenditori di monete non ammesse al corso legale: FERRARA, *Bibl. dell'econ.*, VI, introd., pag. XII; CUSUMANO, *Il cambium regis in Sicilia nei sec. XIII e XIV*, nel *Giorn. d. econ.*, 1886.

(5) A Milano, a Parma, 1325, a Ferrara, 1540, a Modena ecc.; v. AFFÒ, *Mon. di Parma*, 56; BELLINI, *Lira ferrarese*, 133; CRESPELLANI, n. 39; *Const. mediolan.*, ed. VERRI, I, 40, 46, an. 1676.

(6) PROMIS, pag. 14, 15.

(7) *Syllabus membranarum ad r. Sycae arch.*, 1824, I, 182.

(8) Statut. Lucani Comunis, an. 1308, lib. I, r. 30 e 31, in *Mem. e doc. di Lucca*, III, 3, pag. 26.

(9) PROMIS, *Monete dei duchi di Savoia*, I, pag. 20, 189, 190.

Digitized by Google

La completa abolizione dei privilegi e immunità ai monetieri avvenne in Piemonte nel 1711. Seguì negli altri Stati d'Italia quando, mutate le idee intorno alla moneta, perduta la fiducia nel sistema proibitivo o mercantile, cresciuto il numero degli abili artefici, propagata la cognizione del mestiere, sviluppatosi così lo spirito di concorrenza, trovavansi operai contenti di lavorare nelle zecche a salario, senza godere speciali franchigie.

§ 7. *Giurisdizione sui forestieri.*

19. Le nostre tradizioni di civiltà e di ospitalità si opposero alla rigida e costante applicazione del diritto di albinaggio condannato anche dalla Chiesa che voleva giustizia per tutti i credenti come figli di Dio, che difendeva poveri e deboli contro ogni sfruttamento economico nella lotta degli interessi materiali. Essa proclamò la tregua di Dio, eterna pei commercianti. I vescovi erano i protettori delle eredità degli stranieri e gli esecutori delle loro ultime volontà. Venezia dopo il secolo XII li protesse nelle persone e nei beni. Nell'Italia meridionale sotto i Normanni in virtù di un *ius affidandi extraneos* erano riguardati come *commendati* al sovrano di cui godevano la protezione (1). Anche durante l'epoca comunale, sebbene nelle relazioni economiche prevalesse un gretto municipalismo, i forestieri erano ammessi a commerciare con benevola ospitalità; si imponevano sì dazi speciali alle loro merci in omaggio a quel protezionismo con cui ogni città difendeva le industrie locali, ma i cittadini di altro Comune erano per lo più liberi di andare e venire, specialmente nel periodo delle fiere, e i residenti avevano le loro strade o *rugae* dove abitavano assieme, i loro alberghi che erano anche depositi di merci; avevano le loro chiese, i loro ospedali. Forestiero in quel tempo non era solo chi apparteneva ad altro Stato, parlava altra lingua, ma gli stessi Italiani fra loro se di Comuni diversi.

Il Pisano era *foretaneus* a Lucca e a Firenze, e come tale non aveva diritti politici, e spesso gli era fatto divieto di possedere terre e case, e obbligo di venderle se parte di eredità. Essendo allora l'Italia divisa in tante repubbliche, temevasi che l'abitante della città vicina potesse, nella qualità di possessore e contribuente,

(1) TAMASSIA, *Forestieri ed ebrei nell'Italia merid.: Ius affidandi. Istit. veneto*, LIII, LVI.

Digitized by Google

esercitare diritti politici; e più ancora volevasi che tutta la ricchezza e la proprietà non uscissero dalle mani dei cittadini. Ma non mancavano leggi che lo straniero non ammettevano come attore o teste, che lo punivano più gravemente, mentre i suoi offensori lo erano in modo più lieve.

Ma già nel secolo XIII e fin nel XIV si fecero frequenti i trattati fra città e città sulla base della reciprocanza: prevalse il sistema di sospendere le restrizioni durante le fiere, di accordare privilegi per popolare città e campagne. Gli statuti mercantili mostrano queste protezioni accordate contro le frodi e le molestie dei cittadini, per ricuperare le merci di cui fossero stati derubati e per ottenere il risarcimento. Ad essi era permesso l'esercizio del commercio e delle industrie, e non mancano leggi di perfetta parificazione coi cittadini (1). I podestà dovevano fare *ius peregrinis, mercatoribus* (2); e limitazioni si introdussero in materia di rappresaglie (3). Generalmente il loro foro era il mercantile (4), o l'ordinario, ma la legge da applicarsi era la romana e le *consuetudines* e *boni usus* del paese dello straniero (5). Si hanno anche trattati fra città e città del secolo XII coi quali si istituivano i giudici dei forestieri (6): se ne ebbero a Genova, a Venezia fin dal sec. XII. Nell'alleanza fra Genova e Alessandria del 1184 fu convenuto che ognuna di esse avrebbe nominato *consules qui teneantur facere rationem* ad Alessandria pei Genovesi e a Genova per gli Alessandrini (7), e così si convenne fra Venezia e Treviso. Il sistema della reciprocità sulla base dell'uguaglianza era così affermato.

20. In qualche città i forestieri se mercanti erano sottoposti ai consoli della mercanzia e trattati colla procedura e secondo le consuetudini che l'arte osservava pei suoi iscritti (8); argomento questo molto discusso fra i giureconsulti per decidere se gli stranieri fossero soggetti a tale giurisdizione, anche quando erano

---

(1) Stat. antiqua merc. Placentiae, c. 652, pag. 170.

(2) Liber iurium Genuens., in *Mon. h. patr. Leges*, pag. 37.

(3) Convenzione fra Padova e Ferrara, 1234; MURATORI, IV, 441.

(4) Liber iurium cit., pag. 18, 40, 49, 53.

(5) Id., pag. 343, 345, 371, ecc.

(6) Trattati fra Modena e Bologna, 1171; fra Pisa e Genova, 1179; tra Ferrara e Venezia, 1191; MURATORI, IV, 343, 345, 358.

(7) Liber iurium, pag. 15 e 16.

(8) Statuto dell'arte di Calimala del 1332, ed. di EMILIANI GIUDICI, *Storia politica dei Municipi italiani*, 1855, I, 34, 39, 47, 81.

Digitized by Google

di passaggio o vi risiedevano temporaneamente distinguendoli così da quelli che vi avevano bottega o vi tenevano un institore: il *forensis transiens cum equo*, il *forensis* che può provare *se habere maiorem partem suarum mercantiarum alibi et ibi esse in transitum* da quello che ha l'*habitatio*, che ha *diu moratus in loco*, che *possidet in loco statuti*, che *subit onera* e che perciò *habetur pro cive* (1). Così discutendo tali argomenti i giuristi del secolo XIV gettarono le basi del diritto internazionale privato e del diritto internazionale penale.

Nelle città dove i mercanti forestieri erano numerosi e distinti in *nazioni*, sotto capi, priori o consoli, questi divennero i loro giudici in virtù di accordi di reciprocità o privilegi, e le sentenze pronunciate erano esecutive da parte del podestà (2).

Nell'Italia meridionale i forestieri ottennero di più, perchè ai consoli delle loro nazioni fu riconosciuto l'esercizio della giurisdizione civile e commerciale non diversamente di quello che avevano ottenuto nei paesi di Levante. Non devesi ciò attribuire a insufficenza degli ordinamenti giudiziari sotto gli Svevi e gli Angioini oppure al sospetto di una giustizia partigiana, ma alla posizione importante che avevano ottenuto i mercanti stranieri nel Napoletano, ove monopolizzavano molti rami del commercio, possedevano grandi ricchezze, godevano di notevole influenza politica, ed avevano in conseguenza ottenuto immunità da dazi, privilegi di ogni genere e fra questi il diritto di esercitare la giurisdizione civile e commerciale per mezzo dei propri consoli.

Tali privilegi non furono dati a tutte le nazioni, ma ai Fiorentini, Pisani, Genovesi, Veneziani e Amalfitani che numerosi e potenti a Napoli, a Barletta e in altre città avevano le loro strade, piazze, loggie, fondachi e chiese. Essi mantenevano l'associazione

(1) DURANTIS, *Speculum iudiciale*, de competenti iudicio adend., al verso quid si quis per locum, ed. 1539, lib. II, pag. 37; BARTOLUS, in l. 1, *Dig. ad munic.* e in l. cives, *Cod. de incolis*; in l. quod non, *Cod. ubi in rem actio*; BALDUS, in circa maleficia videamus, *Cod. de summa Trinitate*.

(2) Così promise nel 1203 il podestà di Verona ai Cremonesi di fare *sententias ab arbitris datas rationabiliter vel per transactionem attendi*; e gli arbitri eran quelli nominati dai Cremonesi, che trovavansi residenti a Verona: FICKER, IV, 208. Nella lega del 1223 fra Asti, Alba e Alessandria si convenne di nominare nelle loro rispettive città giudici per le cause dei residenti astigiani, ecc. Convenzione analoga fra Venezia e Aquileia, cit. da PERTILE, § 215. I mercanti fiorentini dimoranti a Bologna avevano i loro consoli e statuti, an. 1279 pubbl. da GAUDENZI, *Arch. st. ital.* 1888.

Digitized by Google

corporativa, e con questo si facevano valere presso il governo, ottenendo che i loro consoli, istituzione antichissima, come dicono le consuetudini di Gaeta (1), fossero esclusivamente i loro giudici, sottraendosi così alla giurisdizione locale. Questi privilegi furono largiti da Federico II (2) e poi furono confermati e ampliati da Carlo I e II di Angiò (3), e dagli Aragonesi in favore dei Messinesi, Genovesi e Catalani (4).

Questi consoli o erano nominati dalla *nazione* o dalla madre patria. I loro poteri giurisdizionali erano ampi specie in materia civile, cosichè *si subditus consulis conveniatur in alia curia, possit declinare forum*, salvo invocare l'arbitrato di mercanti esperti, o di capitani di nave o consulto di giurista sapiente: in questo caso il console doveva pronunciare secondo il responso: il rito era sommario, la sentenza inappellabile (5). La loro competenza su noli, avarie, naufragi, danni di pirati, rappresaglie, con facoltà di fare arrestare i debitori insolventi, invocando l'autorità regia, svolgevasi facile sopra i *sudditi*, non così nelle liti tra stranieri e regnicoli e fra persone di diversa nazione. Pretendevano essere competenti anche in queste ultime (6), come anche giudicare cause criminali ma per reati minori *citra effusionem sanguinis*, eccetto furto, falso, ecc. che eran di spettanza delle autorità locali, se non vi erano speciali eccezioni o se l'offeso non accettava l'intervento del console *non per modum iurisdictionis sed amicabiliter*.

---

(1) ALIANELLI, *Consuet. marittime del regno di Napoli*, pag. 162; SCHUPFER, *Lo statuto antico di Gaeta*, nella *Riv. ital. di scieze giurid.*, 1910.

(2) YVER, *Le commerce et les marchands dans l'Italie méridionale au XIII et XIV s.*, 1904, pag. 197.

(3) I Fiorentini ebbero speciali favori e la giurisdizione dei Consoli loro. Gli Amalfitani avevano a Napoli tal privilegio fin dal 1190 e l'avevano anche a Brindisi e a Benevento. I Veneziani potevano tener consoli a Bari, Trani, con diritto di giustizia, e così i Genovesi: VOLPICELLA, *Consuet. di Amalfi*, 27, 37; ALIANELLI, 81; CAMERA, *Storia d'Amalfi*, II, 341; CARABELLESE, *Relaz. commerc. fra Puglia e Venezia*, 1897, pag. 141.

(4) Privilegio, an. 1283, di poter ovunque in Sicilia e in Aragona nominar consoli per trattare le loro liti: LAMANTIA, *Cod. dipl. d. Aragonesi di Sicilia*, I, 1917, n. 39, 69, 142, 182.

(5) Così lo Stat. di Gaeta, in ALIANELLI, op. cit. Nelle lettere patenti di Carlo II in favore dei Fiorentini era detto: *Florentinis consulibus omnes florentinos actores vel reos in civilibus causis duximus submittendos*: YVER, 206.

(6) I Veneziani per privilegio del 1363 pretendevano che i loro consoli potessero *exercere ius civile* anche *inter Venetos et forenses*: CARABELLESE, pag. 136.

Digitized by Google

Non tardarono alcune città a firmare convenzioni colle quali affidavano a consoli di altre nazioni la protezione dei loro sudditi i quali poi dovevano accettarne la giurisdizione (1). Dopo il secolo XV fu in molti Stati d'Italia attuato il principio dell'eguaglianza di tutti davanti alla giustizia, e quindi le cause dei forestieri furono trattate davanti ai tribunali ordinari: ma a Napoli e in Sicilia solo nel 1741 fu abolito il privilegio di un loro tribunale speciale (2).

§ 8. *Giurisdizione consolare.*

18. Nelle colonie fondate in Oriente dalle città marinare italiane, queste ottenevano che i mercanti residenti colà fossero giudicati dai loro consoli: cioè, come questi mercanti avevano le loro corporazioni e curie presiedute dai consoli, così anche all'estero ottennero di conservare il carattere corporativo della loro professione e di far risolvere le controversie sorte fra essi dai loro capi riconosciuti dalle autorità locali. In principio questi capi, *consules negotiatorum*, in terra straniera furono nominati dalla stessa colonia, poi la madre patria avocò a sè la nomina e li investì della protezione dei nazionali e di vigilanza nei casi di naufragio e in genere sui beni, come anche di risolvere le liti fra marinai e mercanti, e infine delegò loro la rappresentanza presso lo Stato straniero. Tale è l'origine dei consolati all'estero, che si trovano fin dal tempo delle Crociate (3). Forse Venezia inaugurò questo sistema: le sue colonie furono governate da ufficiali da essa nominati, i *baili*, giudici, conservatori delle leggi venete ed esattori fiscali, tutori dei suoi sudditi nei beni, difensori verso le Autorità locali (4); e

(1) I consoli di Firenze a Napoli avevano giurisdizione su sudditi di altre città. Quelli di Venezia sugli originari di Zara e Ragusa; così quei di Lucca a Venezia; vedi BINI, negli *Atti dell'Accad. di Lucca*, XV, 1855.

(2) Sicul. Sanct., IV, pag. 266, an. 1741: abolizione del privilegio della nazione genovese di tenere giudice delegato per le cause dei suoi nazionali.

(3) Alessio Comneno, 1160, accordò ai Veneziani residenti nell'Impero greco esenzione dalla giurisdizione locale, e nel 1200 furono fissate le competenze dei consoli veneti: l'attore era tenuto seguire il foro del convenuto, e così un greco citava il veneziano davanti al console, ed il veneziano il greco davanti il tribunale indigeno: NEUMANN, *Urkundliche Quellen zur Gesch. d. byzantinisch. Venet. Beziehung*, in *Byzant. Zeitschrift*, 1892, pag. 366.

(4) Vedi le storie del commercio veneto di MARIN, 1798, FILIASI, ROMANIN e SCHAUBE, *Handelsgesch. der roman. Völker*, 1904, pag. 126.

Digitized by Google

così di giurisdizione furono investiti i consoli che Genova aveva nelle sue colonie, con facoltà di appello ai tribunali della madre patria, e ciò sempre in virtù di privilegio: per es., a Pisa in virtù di un trattato del 1261 (1); e nel 1290 fu dal Sultano riconosciuta la giurisdizione del console per le cause civili e criminali dei Genovesi residenti nei suoi territori, la facoltà di lui di fare arrestare dall'emiro i contumaci, e nello stesso tempo furono esonerati i Genovesi dalle rappresaglie (2). Nè diversi furono i trattati di Pisa (3); le stesse clausole sono in un contratto col Sultano di Tunisi del 1230. «I Pisani godranno sicurezza e protezione e aiuto in caso di naufragio; il loro console potrà visitare il sovrano di Tunisi una volta al mese: egli si intrometterà nelle contestazioni sorte fra Pisani; se un Pisano farà la corsa a danno dei sudditi dell'emiro, il il console dovrà punirlo e confiscare i suoi effetti, ecc». Firenze che successe a Pisa nei diritti all'estero, richiese che ai suoi consoli fossero accordati gli stessi privilegi, diritti e onori concessi ai consoli delle nazioni più favorite, e ciò ottenne nelle Capitolazioni del 1423 col Sultano di Egitto. Anche Amalfi, Gaeta, Napoli, Ancona ebbero consoli nelle terre di Levante cogli stessi diritti di giurisdizione sui loro nazionali. E Federico II ebbe a Tunisi consoli dell'Impero (4). Questi mercanti anche dotati di tali privilegi giurisdizionali erano poi anche soliti rimettere ad arbitri le loro liti; e preferivano a tale ufficio o i vescovi o i legati pontifici (5).

L'istituzione dei consolati passò poi varie vicende prima di arrivare al punto culminante del sec. XVII: ma da essa fu inseparabile la giurisdizione esercitata sui nazionali in nome del proprio Stato. Devesi riconoscere che gli Stati musulmani, considerando appunto gli stranieri come infedeli ai quali non potevasi ap-

---

(1) SERRA, *Storia di Liguria*, I, 384, II, 122; IV, 252; SAULI, *Colonie dei Genovesi*, I, 10; CARO, *Genua u. die Mächte im Mittelmeer*, II, 189, c. IV. Nel 1204 fu istituito un consolato genovese in Egitto.

(2) SCHAUBE, pag. 89, 94, 166.

(3) FANUCCI, *Storia dei tre celebri popoli marittimi d'Italia*, II, 59, 171, 255; CANTINI, *Storia del comm. e navigaz. dei Pisani*, I, 132-142; SCHAUBE, *Konsulates des Meeres*, 170.

(4) an. 1239: HUILLARD-BRÉHOLLES, *Hist. dipl. Friderici II*, V, 966; WINKELMANN, *Acta imperii*, I, n. 878.

(5) MÜLLER, *Documenti sulle relazioni delle città toscane coll'Oriente cristiano e coi Turchi fino al* 1530, Firenze, 1879, pag. 439.

Digitized by Google

plicare il diritto musulmano contenuto nel codice religioso, cioè nel Corano, non esitarono a concedere agli stranieri di essere regolati dalle loro leggi personali e di essere giudicati dai loro consoli, e così aderirono a Capitolazioni che non sono un'abdicazione di sovranità, ma l'affermazione di un diritto che non poteva essere comunicato a persone inferiori e doveva restare riservato agli eletti. Le Capitolazioni avevano carattere temporaneo, erano tregue, secondo la lettera del Corano, riconosciute necessarie da un legislatore che era un mercante e da un popolo come l'Arabo che era espertissimo di traffici e quindi incline a mantenere relazioni commerciali con tutti i popoli.

§. 9. *Foro dei nobili e degli ordini equestri.*

22. Il principio feudale del giudizio dei pari fu invocato dai nobili non provvisti di feudo in Piemonte, Sardegna, Sicilia, ecc. come loro prerogativa; e non tardarono ad ottenerlo dalle monarchie: così in Piemonte e Sicilia erano i baroni e i banderesi sottoposti al Consiglio residente col principe, in Aosta al balio o governatore ducale. In Sardegna i cavalieri e nobili, loro famiglie e domestici dovevano, sì nelle civili che nelle criminali, secondo Prammatiche del 1441, 1615, 1633 essere giudicati dallo stamento militare, fatta eccezione pei reati di lesa maestà, falsa moneta, sodomia, violazione di monasteri; privilegio che durò fino ai tempi moderni, perchè il Codice di Carlo Felice se abolì il giudizio dei pari, sottrasse nobili, feudatari e cavalieri ai tribunali ordinari e li sottopose alla R. Udienza e alla R. Governazione (1). In Sicilia per le liti dei nobili, fin sotto i Normanni costituivansi per volere del sovrano corti di giustizia secondo le forme e prerogative feudali, e a quelle corti i magistrati assistevano come assessori e consiglieri (2).

A Napoli fin dal tempo degli Angioini il privilegio di un foro speciale pei nobili andò confuso colla giurisdizione dei pari nelle cause feudali (3): ma poi leggi e dottrine distinsero le due cose

(1) Leyes y Pragm. del regno de Cerdena, ed. VICO; Cap. Sard., II, 3,6; II, 3, 20; Cod. di Carlo Felice, 1026, 2259.

(2) an. 1092: GREGORIO, *Introd. allo studio del dir. pub. sicil.*, lib. II, c. 7.

(3) Capit. Caroli, II.

Digitized by Google

assegnando a questa le cause strettamente collegate all'investitura feudale, doveri e diritti, successione, decadenza, devoluzione, ecc., e dichiarando la competenza di un tribunale speciale pei nobili anche non aventi feudo, come i cadetti, per le loro cause private e personali. Quindi si ebbe riguardo soltanto alla nobiltà, cioè ad essere iscritto ai Sedili. In conseguenza nell'Italia meridionale e Sicilia si estese ai nobili il diritto sancito da Federico II: *comitibus, baronibus ac ceteris militaribus viris eorum iudicia sibi invicem reservamus videlicet ut predicti criminaliter accusati vel etiam conventi civiliter non nisi per Comites et Barones definitivas et interlocutorias sententias recipiant cum proborum virorum iudicio et aliorum nobilium consilio proferendas et per eosdem comites et Barones* (1).

Le decisioni di tali cause erano commesse a giudici della curia regia che però più non partecipavano alla discussione, spettando ai pari pronunciar la sentenza, appellabile solo al re. Tale privilegio fu esteso dalla pratica ai viventi *in honore militari*, cioè *in equis et armis*, anche non provvisti di feudo; nè ad esso era lecito rinunziare per non recar pregiudizio ai discendenti salvo che per patto; però criminalmente valeva in caso di processo per accusa non *ex officio*, e in civile non poteva invocarsi in cause *de re burgensatica* (2). La nobiltà e i cavalieri napoletani dei Sedili che godevano ancora di speciale privilegio per le risse fra loro da definirsi da un giudizio di pari (3), ripetutamente chiesero che tal giudizio si estendesse a tutte le cause, ma senza successo (4). Dal sec. XVI al XVIII le loro cause criminali erano esaminate alla curia regia, e i *compares* vi assistevano per pura formalità (5). — A Venezia i patrizi nelle cause criminali erano giudicati nel Consiglio dei Dieci (6).

---

(1) Constit. regni Siciliae, I, 47.

(2) Così nei commenti di Andrea d'Isernia, Luca de Penne, Bart. di Capua.

(3) Cap. Roberti; Pragm. di Ferdinando I, 1486. Privilegi et Capitoli con altre grazie concesse alla fed. città di Napoli per li re di Casa di Aragona, Milano, 1719: GRIMALDI, *Storia delle leggi e magistrati del regno di Napoli*, IV, 555; V, 180.

(4) Petizioni furono presentate nel 1538, 1570, 1718, ma tutte respinte: GRIMALDI, IV, 310; VI, 237; VIII, 12; XI, 225.

(5) Di tal privilegio di foro godevano anche le mogli dei ministri: R. Dispacci, an. 1750.

(6) FERRO, *Dizion. del dir. comune e veneto*, voce Nobiltà.

Digitized by Google

23. Gli iscritti agli ordini cavallereschi ai quali andava congiunto conferimento di nobiltà, partecipando ai privilegi di questa, erano giudicati nelle cause criminali dai loro maestri. Iniziarono tali concessioni i papi e poi seguirono i sovrani (1); l'occasione fu offerta dalle guerre contro il Turco, durante le quali in Sicilia furono emesse le Bolle delle Crociate che concedevano immunità e perfino esenzione dai tribunali ordinari (2), finchè, visti i grandi abusi, nel 1723-1729 fu disposto che i foristi in virtù delle Bolle fossero giudicati dagli ufficiali delle Crociate solo per le tenui somme, e nel 1780 anche questa competenza fu soppressa (3). In Sicilia ai cavalieri dell'ordine gerosolomitano fu concesso di essere giudicati dai vescovi: pretesa che avvanzarono gli altri ordini, ma fu loro negata nel 1660 (4).

Intanto a Napoli nel 1739 si riconoscevano i giudici dei cavalieri di Malta (5), e in Sardegna tutti gli insigniti di Ordine erano come i nobili giudicati davanti allo stamento militare. Questi privilegi furono in Piemonte riconosciuti dal Codice di Carlo Felice. Le cause relative ai beni della religione dei SS. Maurizio e Lazzaro per la successione alle commende dovevano essere giudicate in prima istanza dall'Uditore dell'ordine e in appello dalla regia udienza, considerata come tribunale dell'ordine. Quelle private, civili e criminali, dei cavalieri dell'Ordine erano avocate alla giurisdizione comune. Così solo nel 1827 finiva in Piemonte, Savoia e Sardegna il foro privilegiato per gli Ordini cavallereschi, abolito in Toscana appena nel 1808.

---

(1) Papa Alessandro VI, 1497; Pio IV, 1560, ecc. Pel Piemonte vedi DUBOIN, I, 171, 218, 428; III, 950. Per la Toscana, CANTINI, IV, 310; XIII, 69, 79; per la Sicilia, Pragm. 7, tit. XI, Cesine, t. III.

(2) an. 1597, 1610, 1627: Siculae Sanct., II, 363.

(3) Nel 1729 fu soppressa la competenza nelle cause commerciali dietro reclamo dei negozianti che erano frodati col sotterfugio dei due fori, quello della Inquisizione e della Crociata; nel 1745 i foristi godenti del privilegio della Bolla furono ridotti a 100 persone secolari munite di regia patente e per tutta l'isola: Siculae Sanct., II, pag. 340, 368, 382; CANDINI, *Codex iuris siculi*, I, 550.

(4) Sicul. Sanct., IV, pag. 238, 298. Con altre leggi sugli Ordini cavallereschi fu regolato questo principio di foro: Pragm. 9, 10, 12, 18, tit. XI, Cesine; Pragm. 31, tit. LVIII, vol. II; Sic. Sanct., IV, 247, 278, 411; V, 406.

(5) GATTA, *Dispacci*, II, 253.

Digitized by Google

§ 10. *Giurisdizione militare.*

24. *Milites nostri temporis non gaudent privilegiis antiquorum militum*, dicevano i giuristi del secolo XIV (1): però Baldo aggiungeva: *non possunt capi personaliter etiam hodie sive creati sint per papam sive per principem* (2). Così non avevan diritto a essere ospitati in case religiose, ad avere il quarto della casa, e le loro mogli non potevano pretendere di essere chiamate *dominae* (3). Però se era veramente *miles*, e non era di quei *milites nostri temporis qui stant per plateas et non in castris, miles non militans, miles mercator* cioè se era vero *miles*, in tal caso *non convenitur nec accusatur nisi coram magistro militum nec ab alio punitur* (4); e poi non poteva essere torturato nè punito *ut plebeius* (5). Dunque la dottrina riconosceva al milite il diritto a un foro speciale. Non era il caso di parlare di ciò al tempo dei Comuni perchè tutto il popolo era soldato, tutti si stringevano attorno al carroccio, e duci erano gli stessi consoli e potestà investiti d'ogni potere, e quindi loro giudici naturali sì in pace che in guerra, sì entro le mura cittadine che fuori.

Quella monarchia militare che fu la sveva in Sicilia accordò subito un diritto particolare a coloro che erano *in exercitu*, cioè l'*exceptio hostici* e l'*exercitalis ritus*; quindi una procedura speciale, un privilegio che al tempo di Andrea d'Isernia era esteso *omnibus excentibus et commorantibus in exercitu* (6). E fin d'allora si introdusse anche il giudizio del maresciallo per le loro cause.

25. La questione nei Comuni italiani sorse quando gli atti alle armi non vollero abbandonare il focolare domestico e affidarono la difesa delle loro case alle compagnie di ventura. Allora si accordò che questi soldati fossero giudicati pei reati dai capitani (7); e

(1) BARTOLUS, in l. miles, *Dig. ex quibus causis* I 18; CYNUS, in l. prima, *Cod. de iuris et facti ignorantia* III 2; DURANTIS, *Speculum iudiciale*, II de procurator., in § quod est miles.

(2) BALDUS, in l. prima, *Cod. qui bonis cedere possunt* VII 71.

(3) BARTOLUS, in l. si post § hi quoque, *Dig. de bonor. posses. contra tabulas* XXXVII 4.

(4) DURANTIS, II de officio omnium iudicum, § 4; de procuratoribus, § 1: *verb. item excipitur quod est miles.*

(5) BALDUS, in *Cod. de testam. milit.* VI 21; BARTOLUS, in l. 3, *Dig. de re militari* XLIX 16.

(6) Const. Regni Siciliae, II, rubr. 20.

(7) RICOTTI, *Milizie dei Comuni italiani*, in *Atti e Memorie della r. Accademia di Scienze di Torino*, vol. II; id., *Compagnie di ventura*, 1846; CANESTRINI, *Storia delle compagnie di ventura*, 1846.

Digitized by Google

questo principio fu mantenuto quando si ebbero gli eserciti regolari: *in causa militum, ex causa militiae... occasione venditionis equorum*, ecc... (1); e dopo il secolo XVI furono istituite per le cause dei militari apposite magistrature di prima istanza e di appello col nome di collaterali, compari, uditori. In Piemonte il maresciallo era il giudice dei militari fin dal 1379, e nel 1595, 1603 lo fu l'Uditore di guerra, competente anche nei delitti militari dei civili (2). In Lombardia sotto i Visconti era il capitano delle milizie e sotto gli Spagnoli gli uditori col consiglio dei maestri di campo, e con appello agli uditori generali. — In Toscana prima dei Medici governava la giustizia militare il magistrato alle bande a cui fu sostituito il generale. — A Napoli sotto gli Aragonesi fu creato l'uditore generale dell'esercito con giurisdizione su tutti i soldati convenuti per causa criminale o civile e sì in primo giudizio che in appello e sui veterani detti *piazze morte* aventi pensione; nelle provincie la giustizia era amministrata dal Preside. Nel 1786 fu creata l'Udienza generale di guerra, con revisione alla R. Camera per le condanne a morte o alla Suprema Giunta di guerra. Tali privilegi si estendevano alla moglie e ai figli dei soldati (3). In Sicilia si ebbe sotto gli Aragonesi il Conestabile, il G. Siniscalco e più tardi l'Uditore generale di guerra, riformato da Carlo III nel 1749 e da re Ferdinando III nel 1761, limitando il numero e la qualità alle persone che per attinenza alla milizia pretendevano a diritto speciale e alla procedura dei militi (4). In Sardegna il foro militare era la Generale Capitaneria competente anche nei delitti marittimi e nella legittimità delle prede. La dottrina tendeva però a limitare questi privilegi perchè « i militi di oggi non giurano di morire per la patria » (5).

---

(1) an. 1365, 1412: e così per truppe assoldate a servizio del papa; THEINER, *Codex diplomaticus dominii temporalis Sanctae Sedis*, II, 399; III, 128.

(2) NANI, *Gli Statuti di Amedeo VI*, negli *Atti e Memorie dell'Accad. di Torino*, serie II, t. XXXIV, 1881. Così negli Statuti di Amedeo VIII del 1430, II, 213; DUBOIN, III, 906.

(3) Pragm. napol, 11, 16, 20, 36, de re militari.

(4) Capit. Martini, 7; Federici, 36; Siculae Sanct., I, 114; II, 37, 59, 113, 246, 457; IV, 311; VI, 464.

(5) CLARUS, § fin., qu. 35; F. DECIANUS, *Tract. crimin.*, II, lib. VII, c. 15. Claro alla qu. 64, n. 25, dice che i soldati destinati nel regno di Napoli alla cattura dei ladroni *sunt latronibus peiores et gravius populos molestant.*

Digitized by Google

§ 11. *Giurisdizioni eccezionali.*

26. Oltre i ricordati tribunali era pratica degli Stati italiani istituirne per ogni circostanza nuova emergente: scoppiava peste, cresceva la delinquenza, occorreva provvedere a un fatto nuovo, il rimedio cercavasi nel creare i giudici della sanità, la giunta dei veleni, gli esecutori contro la bestemmia, i capitani contro i ladroni di strada, i sopraconsoli dei fallimenti, la giunta dei dottori contro i falsificatori delle lauree, i giudici per le cause dei duelli, ecc. Fu così che a Napoli come negli altri Stati non si contavan più le giurisdizioni, tante erano, ed enorme era la confusione dei fori, imbrogliate le competenze, insolubili i conflitti, sopra i quali ponevasi l'arbitrio del principe, l'intervento dei maggiori consigli ad avocare a sè le cause; cosichè mancava ai cittadini quello che è prima condizione di ordine, legalità, giustizia, cioè la certezza dei giudici. Questa molteplicità di fori si ebbe specialmente dopo il secolo XVI, tanto che i fori eccezionali costituirono quasi il regime normale, e le regole elencate dai giuristi sul foro competente (1) non trovavano applicazione.

27. Il fisco non poteva essere tratto davanti un tribunale ordinario: quindi a Napoli e Sicilia attore o convenuto aveva per foro la R. Curia e poi la Camera della Sommaria, competente nelle cause di tributi, demanio, rendiconti, ecc. (2); a Venezia gli Avogadori (3), a Roma la Camera apostolica (4), a Firenze la Camera granducale (5), in Piemonte e Sardegna il tribunale del R. Patrimonio (6).

I funzionari pubblici o di corte godevano pure di foro speciale il quale si estendeva ai servitori domestici del principe (7). Le loro cause erano giudicate dal magistrato dell'Ospizio regio, finchè

(1) CARLEVALIUS, *De iudiciis*, lib. I, quaest. VI, sect. 3; FERMOSINUS, *De foro competenti*; SCIALOYA, *Tract. de foro competenti*; CLARUS, § fin., qu. 35, 36. Sulle Giunte di Stato o tribunali eccezionali a Napoli, v. TRIFONE, *Le Giunte di Stato*, e GENTILE, *id.*, 1920.

(2) Const. regni Siciliae, I, 63, 87; Cap. Alph., 7, 8, 82; GRIMALDI, *Storia d. leggi e magistr.*, II, 507, 527; Pragm. 37, 68, 75, de officio procons. Caesaris.

(3) FERRO, *Dizionario del dir. comune e veneto*, voce Fisco.

(4) MORONI, *Dizionario eccles.*, voce Camera apostolica.

(5) ZOBI, *Storia del Granducato di Toscana* II 301.

(6) NANI, *Statuti di Amedeo VII*, negli *Atti e Memorie dell'Accad. di Torino*, serie II.

(7) Const. regni Siciliae, I, 57.

Digitized by Google

fu istituito l'Auditore di Corte. In Toscana loro giudice era il tribunale degli Otto di balia. A Napoli Ferdinando IV nel 1786 soppresse il Delegato della real casa e corte, detto Alcaide e istituì il tribunale dell'Udienza generale e di Corte.

28. A Siena vi era un tribunale per le donne: in Piemonte pei discoli; poi si ebbero giurisdizioni per le materie di acque, miniere, caccie, boschi, falso nummario, gioco, lotto, gabelle, sanità, prestiti pubblici, contrabbando del tabacco e delle poste in Sicilia, dove l'amministrazione del tabacco ebbe nel 1734 immunità pei suoi impiegati che come foristi dipendevano dai loro superiori, e fu investita di giurisdizione sulle cause di contrabbando da giudicarsi da una Giunta speciale con appello alla R. Dogana. Questi foristi potevano essere 963 secondo un dispaccio del 1773 (1). Pel Regio Corso cioè per la posta fu nel 1727 creato un regio Consultore competente nelle cause degli ufficiali commesse in esercizio del loro ufficio, non che in quelle dei privati sempre derivate dal servizio postale (2). In ultimo nelle Prammatiche sicule e napoletane si parla anche di una Curia delle meretrici (3).

29. Nella seconda metà del sec. XVIII, epoca in cui si iniziarono alcune riforme negli ordinamenti statali, colpi di scure si abbatterono su molte di queste speciali giurisdizioni che avevano facilitato ogni genere di abusi, di corruzione, di partigianeria: e almeno le minori furono soppresse: le maggiori chiusero la loro storia per opera delle leggi francesi importate in Italia, le quali compirono un'azione benefica per la giustizia divenuta dippoi eguale per tutti.

(1) Sicul. Sanction., vol. III, pag. 317, 333, 428.

(2) Id., vol. IV, pag. 652; Pragm. sic., vol. IV, pag. 263, 264, an. 1756.

(3) Pragm. napol., 6 e 7, tit. 149, tomo II, pag. 498: non più esistente al 1770.

Digitized by Google

CAPO VII

Ordinamenti giudiziari del secolo XIX

§ 1. *Piemonte.*

1. Quando le armi francesi entrarono nel Piemonte, le giurisdizioni erano divise in comuni ed eccezionali. Alle prime apparteneva il Senato che in materia civile giudicava tutte le liti per valore superiore a L. 2000, le questioni feudali, signorili, dei Comuni intorno all'intelligenza dei loro statuti, dei pubblici funzionari, e le privilegiate dei cavalieri dell'Annunziata, dei ministri, ecc., gli appelli civili e anche senza appello le sentenze di morte e di galera. In ogni provincia esisteva il prefetto o giudice maggiore che era esaminato ed approvato dal Senato: egli era giudice di appello in materia civile e criminale delle sentenze dei tribunali inferiori esistenti nelle terre dette mediate e immediate. Nelle prime i giudici erano eletti dai feudatari, nelle seconde dal sovrano. Presso le dette magistrature era destinato un ufficiale del Pubblico Ministero detto avvocato generale, presso il Senato aveva il nome di avvocato fiscale, presso il Prefetto di procuratore generale, e di procuratore fiscale presso i giudici ordinari.

Vi erano inoltre: la Camera dei conti — i Consolati di commercio — l'Uditore generale di guerra — l'Assessore dell'Università — il Conservatore generale delle regie caccie — il Magistrato della sanità, che mutato nome in quello di Protomedicato durò sino al 1847.

Questi tribunali avevano speciale competenza e potevano imporre pene pecuniarie e corporali e anche di morte e farle eseguire prontamente previo il sovrano beneplacito. Nei consolati commerciali sedevano giudici scelti fra i mercanti, non togati,

Digitized by Google

e decidenti secondo la equità naturale; anzi fu nel 1724 proibito loro di prendere il consiglio da avvocato. Le loro sentenze erano inappellabili, salvo ricorso al re. Nelle materie criminali giudicavano di tutte le contravvenzioni e delitti di frode e di bancarotta.

Il re provvedeva sui ricorsi di grazia, rivedendo le cause inappellabilmente decise; aveva facoltà di modificare le clausole e gli effetti dei contratti, di concedere proroghe ai pagamenti, di convalidare atti di ultima volontà non conformi alla legge.

Non era permesso ai giudici di allontanarsi dal testo della legge, e però le sentenze in opposizione con essa non acquistavano mai valore di cosa giudicata. Quindi il giudice che le aveva pronunciate, poteva egli stesso ritrattarle e il diritto alla ritrattazione durava 30 anni; ma era tenuto ai danni e agli interessi. Le sentenze non erano motivate: ma se le parti lo chiedevano, il relatore era tenuto scrivervi i motivi e pubblicarli.

2. Sotto la dominazione francese, i tribunali di appello si dissero Corti di appello e i tribunali penali Corti di giustizia criminale. I Commissari del governo presso le Corti di appello si dissero Procuratori generali (1). L'istituzione dei giurati non fu estesa al Piemonte stimandosi che le popolazioni non fossero sufficientemente preparate.

Contro le sentenze delle Corti di appello fu dato ricorso alla Cassazione di Parigi, alla quale furono chiamati giuristi italiani che vennero presto in grande estimazione pel sapere e le virtù di grande rispettabilità onde erano ornati (2).

Ritornato il Piemonte sotto casa di Savoia furono nel 1822 creati i Tribunali di prefettura, tribunali collegiali per le cause civili, senza appello per le somme inferiori a L. 1200 e pei reati punibili col carcere di 15 giorni. Per somme e pene maggiori si appellava al Senato. Furono ristabilite le giurisdizioni eccezionali, e i magistrati continuarono ad essere revocabili a piacimento del principe.

Innovazioni negli ordini giudiziali si ebbero dopo che nel 1837 fu pubblicato il Codice civile albertino e nel 1839 il Codice penale. Nel 1838 con regie patenti si ordinò la motivazione delle sentenze,

---

(1) Senatusconsulto organico del 28 fiorile, anno XII (18 maggio 1804): Leggi imperiali 20 aprile, 6 luglio 1810.

(2) DUPIN, *Requisitoires*, vol. X, pag. 32.

Digitized by Google

la comparsa del reo e dei testi all'udienza, e nel 1841 si creò una Commissione di revisione alle sentenze dei Senati in materia civile per errore di fatto quando cioè erano fondate sopra documenti falsi o quando la condanna era stata pronunciata per difetto di un documento decisivo che non si era potuto produrre per opera della parte vittoriosa. Con reale editto del 30 ottobre 1847 fu creata la Corte di Cassazione; e con legge 13 novembre 1859 fu pubblicato un organico giudiziario sulle traccie degli ordinamenti francesi.

Leggi piemontesi coi relativi ordinamenti giudiziari erano state estese alla Liguria congiunta al Piemonte nel 1814; ad essa erano già state nel 1805 applicate le istituzioni francesi. Nel 1851 fu a Genova istituito un Senato con attribuzioni giudiziarie, non diverse da quelle proprie del Senato nelle antiche provincie piemontesi, salvo di valere le sue decisioni come legge nei casi consimili.

§ 2. *Lombardo-Veneto.*

3. Fondata la Repubblica cisalpina, fu pubblicata l'8 luglio 1797 la costituzione contenente un nuovo ordinamento giudiziario. In ogni circondario fu allogato un giudice di pace con quattro assessori nominati per due anni, ma rieleggibili. Esso, oltre sentenziare nelle cause civili fino a una certa somma, procedeva assistitito da due assessori come tribunale di polizia, e giudicava i reati di terza classe che erano quei punibili di multa del valore di tre giornate di lavoro o di tre giorni di carcerazione. In ogni dipartimento risiedeva, oltre un tribunale civile, un tribunale correzionale composto da un presidente che l'assemblea elettorale del dipartimento nominava per sei anni, e da due giudici di pace, ovvero da due assessori del giudice di pace presi nel Comune dove il tribunale correzionale aveva sede. Vi era inoltre addetto un commissario del Direttorio esecutivo che sosteneva le parti del Pubblico Ministero e un cancelliere. Apparteneva a questo tribunale il giudizio dei delitti di seconda classe punibili con multa maggiore del valore di tre giornate.

Gli appelli delle sentenze dei tribunali correzionali si giudicavano dai tribunali criminali di dipartimento, composti dal presidente del tribunale civile e da due giudici dello stesso collegio.

Inoltre in ogni dipartimento era stabilito un giurì di accusa pei reati portanti a pene infamanti od afflittive che erano detti

Digitized by Google

delitti di prima classe. Il presidente del tribunale correzionale era ad un tempo il direttore del giurì di accusa che veniva composto da otto giurati. Udito l'incolpato, il denunziante e i testi, il giurì presieduto dall'anziano, ammetteva o respingeva l'accusa. Si richiedeva almeno la maggioranza di cinque voti per dirsi che vi era luogo ad accusa. La votazione era segreta.

Il giurì del giudizio composto da 12 giurati e 3 aggiunti giudicava del fatto: il tribunale criminale composto dal presidente e da due giudici applicava la pena al delitto dichiarato dal giurì. Il presidente aveva la direzione del processo. Le funzioni di Pubblico Ministero erano sostenute da un commissario del Direttorio politico.

Al vertice di queste giurisdizioni stava la Corte di Cassazione, divisa in due Sezioni, civile e criminale. Ogni sezione aveva facoltà di nominare il suo presidente.

4. Questo ordinamento fu modificato colla costituzione del 25 febbraio 1802, con cui si dichiarò che l'applicazione della giurìa era rimandata a dieci anni, il che poi non si realizzò. Furono però estese le altre leggi procedurali francesi, cioè tribunali collegiali, dibattimento pubblico e difesa.

Sotto il governo austriaco non fu modificato l'ordinamento giudiziario importatovi dai francesi. Solo il procedimento criminale divenne strettamente inquisitorio: giudicava chi istruiva: fondamento del giudizio era il processo scritto: esclusa ogni pubblicità: l'imputato faceva le sue difese per iscritto: il convincimento del giudice era regolato dal sistema delle prove legali. Il governo aveva il diritto di creare commissioni statali in fatto di reati politici le quali istruivano, giudicavano e facevano eseguire le sentenze fra le 24 ore.

Colle leggi 13 e 14 maggio 1849 fu introdotto il giurì, e nel Codice di procedura penale del 1850 fu accolta l'oralità e pubblicità dei dibattimenti, la libertà provvisoria e il ricorso in Cassazione: fu abolito l'istituto della *absolutio ab instantia* e fermato il principio del *non bis in idem*.

Ma nel 31 dicembre 1851 fu abolito il giurì e nel 29 luglio 1853 fu pubblicato altro Codice di procedura penale col quale si richiamavano in vigore diverse istituzioni antiquate e ripugnanti allo stato di civiltà delle popolazioni del Lombardo-Veneto.

Restava così istituito il seguente ordinamento giudiziario: una Suprema Corte di giustizia e cassazione residente a Vienna:

Digitized by Google

— due tribunali di appello a Milano e a Venezia — diciassette tribunali provinciali nelle città e capoluoghi di provincia — due tribunali di commercio a Milano e a Venezia — in ogni città un pretore urbano per gli affari non assegnati ai tribunali collegiali: nelle campagne vi erano i pretori foresi.

La suprema Corte composta di 48 consiglieri decideva col concorso di sei. La procura di Stato interveniva solo negli affari penali. La civile conosceva della revisione, qualora mancasse la doppia conforme, per nullità e manifesta ingiustizia. Di nullità conoscevano anche le Corti di Appello che potevano anche rilevarla di ufficio e condannare ai danni e interessi il giudice, qualora la nullità fosse derivata da sua colpa.

I pretori urbani erano giudici del tribunale provinciale dal presidente designati alla direzione di ciascuna pretura: erano giudici singoli, assistiti da aggiunti giudiziari od ascoltanti, delegati dal presidente secondo i bisogni. I pretori foresi erano giudici di tribunale provinciale in missione. Gli urbani erano competenti per le azioni personali non eccedenti L. 1500.

Nella parte penale la Corte suprema aveva la prerogativa di fare proposte di grazia e di poter attenuare a sua discrezione le pene di detenzione nella durata e nel grado, di mitigare o condonare le pene pecuniarie.

§ 3. *Toscana.*

5. Salvo la breve interruzione della dominazione francese, le magistrature toscane erano nel 1815 quali trovavansi al cadere del secolo XVIII; cioè il territorio era diviso in piccole circoscrizioni, a ciascuna delle quali era proposto un podestà e un vicario, l'uno sottoposto all'altro. Il vicario conosceva degli affari civili e penali, esercitava la polizia preventiva. Nell'intento di evitare che i vicari con la lunga dimora in un luogo contraessero vincoli e relazioni da far dubitare della loro imparzialità, dovevano darsi il cambio fino a quando non meritassero di essere promossi.

Il tribunale superiore composto di tre assessori, un auditore e il presidente aveva la giurisdizione criminale: un assessore esaminava gli atti processuali e riferiva: l'auditore procedeva separatamente allo stesso esame: il presidente accostandosi ad una delle due opinioni pronunciava la sentenza.

Al vertice di questi tribunali stava la Consulta civile e criminale di giustizia e di grazia, che giudicava altresì delle domande

Digitized by Google

per revisione, delle restituzioni contro le decadenze, dei rinvii da un tribunale a un altro, e faceva le proposte di legge. I magistrati toscani avevano fama di dottrina, e quelli chiamati alla Cassazione di Parigi risplendettero per sapere.

Con riforma del 1838 fu istituito un tribunale collegiale di prima istanza e di appello delle sentenze dei vicari; una corte regia che giudicava inappellabilmente dalle sentenze dei vicari. Nelle maggiori città vi erano giudici speciali per quelle cause criminali che negli altri luoghi erano deferite ai vicari.

La corte regia si componeva di un presidente, quattro vice presidenti e 16 consiglieri, distribuiti in due ruote civili e due criminali. Giudicava inappellabilmente dei delitti e trasgressioni punibili con pena superiore a quella dell'esilio, e delle sentenze dei tribunali di prima istanza. Nelle cause penali pronunciava con sei voti: in caso di parità prevaleva l'opinione più mite. Pei reati portanti pena capitale occorreva l'unanimità.

La Regia Consulta aveva funzione di corte regolatrice: in caso di annullamento, il giudice di rinvio doveva attenersi al principio di diritto da essa proclamato.

In tutti gli atti dell'autorità giudiziaria vi era l'assistenza del pubblico ministero, rappresentato dal Procuratore generale assistito da due avvocati generali. Innanzi ai tribunali vi era un procuratore regio con o senza sostituti, secondo l'entità del tribunale.

Il governo volendo introdurre il processo pubblico ed orale, ne fece prima esperimento a Grosseto, ove nel 1838 fu bandito il procedimento inquisitorio e istituito giudizio pubblico e solenne. Ma i sopravvenuti moti politici arrestarono ogni riforma; furono progettati codici ma non ebbero sanzione, e furono anche abrogate nel 1852 le dichiarazioni del 1838 per le quali richiedevasi l'unanimità dei voti per l'applicazione della pena capitale.

§ 4. *Ducati di Modena e di Parma.*

6. Il ducato di Modena ritornato, dopo la dominazione francese, agli Estensi fu governato dalle Costituzioni estensi del 1771, finchè riforme non furono introdotte colle pubblicazioni dei codici del 1851, 1856. Nuovo ordinamento giudiziario si ebbe nel 1853, e con esso fu copiato dalle leggi napoletane il giudice conciliatore, fu ampliata la competenza dei giusdicenti e dei tribunali di prima istanza, furono disciplinati gli appelli e fu disposto che l'appello

Digitized by Google

avesse sempre luogo a favore del condannato a pena capitale. È notevole che prima di discutersi l'appello, il processo doveva passare in giro ai singoli giudici cominciandosi dall'ultimo di nomina.

Estremo rimedio era il ricorso all'intero Supremo Consiglio di giustizia, contro le sentenze dei tribunali di prima istanza e di appello, quando erano difformi da quella del conciliatore o del giusdicente e il valore superava le L. 500: contro le sentenze del tribunale di appello, se difformi da quelle del tribunale di prima istanza e il valore non superava le L. 3000.

Da due sentenze conformi non si ammetteva ricorso in revisione. Dalle sentenze inappellabili dei tribunali di prima istanza e delle appellabili dei tribunali stessi e dei giudicanti e passate in cosa giudicata in virtù di sentenza definitiva di appello, si ammetteva ricorso in revisione per violazione di legge: quando l'oggetto della controversia si riferiva all'ordine pubblico: se la sentenza era impugnata per *ultra petita*: per omissione sopra un capo della domanda.

Nelle materie penali era dato il ricorso in caso di condanna all'ergastolo, ai lavori forzati per oltre 15 anni, quando pure le sentenze di prima istanza e di appello fossero state uniformi: in caso di difformi sentenze di condanna all'ergastolo e ai lavori forzati per un tempo maggiore di 10 anni. Pei reati politici, il Duca non fidandosi della magistratura ordinaria, istituiva commissioni militari. Appunto per la sua indipendenza la magistratura modenese, al tempo dell'unificazione italiana, non fu soggetta a scrutinio, e, sia detto a sua lode, sfuggì a quei severi provvedimenti che altrove si dovettero adoperare contro magistrati che erano stati supini ai voleri del principe, facili istrumenti alle ire di lui.

7. A Parma i Francesi promulgavano nel 1804 un regolamento giudiziario, opera di valorosi giuristi parmensi, col quale utili innovazioni arrecavansi nel procedimento, mantenute anche dalla ristaurazione. Vi erano tribunali civili e correzionali, tribunali criminali, Corte d'Appello e un supremo tribunale di revisione. Gli appelli dalle sentenze dei tribunali di Parma si portavano al tribunale di Piacenza e viceversa. Esisteva il ricorso in grazia presentato dal tribunale al Principe.

§ 5. *Stato pontificio.*

8. Ristaurato il governo papale, Pio VII con motu proprio del 1816, in cui prometteva riforme, stabilì il principio: « non vi saranno in appresso giudici commissari nè giudici privativi »; ma

Digitized by Google

solo nel 1834 qualche innovazione fu compiuta. Roma che aveva ordinamenti giudiziari diversi dalle provincie, continuò ad essere sotto la giurisdizione del governatore che aveva dei luogotenenti pel civile e pel criminale.

Nelle provincie i governatori avevano funzioni esclusivamente civili e non giudiziarie, perchè l'esame delle cause era affidato ai tribunali provinciali, composti di tre giudici, che dovevano essere cinque secondo l'importanza della controversia. Dai tribunali di prima istanza si appellava a quelli di appello di Bologna e Macerata; e da questi alla Sacra Ruota.

A Roma l'ordinamento della giustizia civile era costituito dal tribunale dell'Auditore di Camera composto da quattro prelati, da nove togati, diviso in due camere; ognuna di esse giudicava in prima istanza, in appello e anche in terza istanza, come tribunale supremo, ma in certe materie soltanto. In prima istanza conosceva di tutte le cause che nelle provincie erano deferite ai tribunali civili. In seconda giudicava degli appelli dalle sentenze pronunciate dagli assessori e dai governatori della Comarca; in terza istanza giudicava quando una camera di detto tribunale avesse rivocata in tutto o in parte la sentenza dell'assessore o di altro giudice di primo grado, appellante innanzi ad esso. La cosa giudicata era formata da due sentenze conformi di primo grado e di appello, e, in caso di difformità, era accordata la terza istanza.

La Sacra Rota giudicava in seconda e terza istanza le cause civili o commerciali, decise da una camera rotale con sentenze difformi da quelle di prima istanza. Contro le sue sentenze non era dato altro rimedio che il ricorso al tribunale della Segnatura e quello della *restitutio in integrum*.

Anche al secolo XIX ogni uditore di Rota aveva il suo studio, composto di un avvocato o aiutante di cui doveva valersi. Pratica di Rota era la *proposizione dei dubbi*, cioè prima di portare la causa in deliberazione, si facevano conoscere alle parti le questioni da risolversi, i motivi conducenti a una piuttosto che ad altra soluzione: poi si apriva la discussione sul tenore dei dubbi proposti. Così la lite prolungavasi; ed inoltre sorgevano i pericoli di una anticipata rivelazione del voto, perchè il giudice era posto in troppo immediato contatto colle parti.

Il tribunale della Segnatura era al sommo della piramide giudiziaria, con funzioni anche amministrative e consultive. Ancora lo si distingueva in Segnatura di giustizia e di grazia, come

Digitized by Google

nel passato. La prima conosceva delle domande di annullamento di sentenze, delle questioni di competenza fra tribunali, sull'unione e sulla avocazione delle cause, sulla ricusa dei giudici, sulle domande di nuovo appello. Le sue decisioni erano rese in nome del papa. Nelle cause minori la Segnatura delegava la podestà giudiziaria al prelato auditore, le cui decisioni dovevano essere approvate dal Cardinale Prefetto. La Segnatura non statuiva: solo ammetteva o respingeva il ricorso che ritornava ai primi giudici: dopo esauriti i rimedi giuridici, era dato ricorso al papa.

Oltre le giurisdizioni ordinarie erano le eccezionali, come il tribunale del Senatore di Roma che conosceva delle cause civili dei cittadini romani; il giudice dei mercenari, ecc.

La giurisdizione penale era esercitata dai governatori, dagli assessori residenti nei capoluoghi e dai giusdicenti pei delitti minori, nei tribunali; dai tribunali di appello; dal tribunale della S. Consulta come tribunale supremo pei ricorsi per cassazione, per violazione di forme, per falsa applicazione della legge penale, per eccesso di potere. La Consulta aveva giurisdizione esclusiva sopra i reati politici che venivano giudicati con rito sommarissimo.

§ 6. *Regno delle due Sicilie.*

9. Le riforme giudiziarie progettate dal governo francese a Napoli non ebbero il tempo di passare in atto. Si era pensato di trasportarvi gli ordinamenti francesi coi tribunali civili e criminali, col giurì di accusa e di giudizio, il primo composto di nove membri presieduto dallo stesso presidente del tribunale penale, il secondo composto di dodici membri: nel primo richiedevasi l'unanimità dei voti: nel secondo due terzi. Vi erano state anche due leggi, una del 20 maggio 1808, l'altra del 22 dello stesso mese intorno all'ordinamento giudiziario e ai giudizi eccezionali: ma trattavasi di una mescolanza di antiche leggi napoletane e di altre francesi promulgate dal 1791 al 1804 fatta senza metodo.

Nel 1817 i Borboni pubblicarono la legge organica giudiziaria che istituì i giudici conciliatori, i giudici di circondario, i tribunali civili, le R. Corti criminali, le R. Corti civili, la Corte suprema di giustizia. Le R. Corti criminali giudicavano inappellabilmente dei crimini; nel giudizio pubblico e solenne pronunciavano col concorso di sei votanti, ma per legittimare la cattura o mettere

Digitized by Google

in istato di accusa bastavano tre giudici. Essi conoscevano degli appelli dalle sentenze dei pretori.

Le G. Corti civili, la cui giurisdizione si estendeva sopra diverse provincie, conoscevano solo gli appelli dalle sentenze dei tribunali civili. La Corte suprema di giustizia divisa in sezione civile e penale, non ammettendosi quella dei ricorsi, statuiva sopra tutti i ricorsi. Essa fu la prima cassazione italiana, e riputate furono le sue decisioni.

In questo ordinamento i capi dei collegi erano magistrati appartenenti alla carriera superiore mandati in missione; così i presidenti e i procuratori del re dei tribunali civili erano giudici di G. Corti criminali in missione: il presidente e il procuratore generale delle G. Corti criminali erano giudici di G. Corti civili in missione. I rappresentanti del P. Ministero non costituivano carriera distinta da quella della magistratura giudicante; erano magistrati investiti di funzione amovibile. Il loro intervento era necessario alla legale costituzione dei tribunali sì civili che penali: nelle civili esprimevano soltanto le loro conclusioni.

Digitized by Google

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

IL PROCEDIMENTO CIVILE E CRIMINALE

DAL SECOLO XIII AL SECOLO XIX

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPO I.

Il processo romano-canonico e la sua letteratura dal secolo XII al secolo XVIII

1. L'epoca comunale segna un rinnovamento radicale nel procedimento civile e criminale. Colle libertà comunali «secol si rinnova — Torna giustizia e primo tempo umano»: e prima di tutto si rinnova la giustizia. Gli Italiani si accinsero subito a migliorare e purificare le norme più indispensabili del vivere sociale; l'ordine pubblico e la libertà nel governo, la giustizia nei tribunali. Purtroppo spesso l'acre spirito partigiano prevalse; le fazioni intorbidarono anzi avvelenarono istituzioni che potevano essere buone, e più di tutte ne soffrirono quelle dell'amministrazione della giustizia. Noi dobbiamo considerare non le leggi eccezionali ma le ordinarie e le dottrine; e entrambe ci attestano dell'ininterrotto lavorio iniziatosi nel sec. XIII per realizzare la migliore giustizia nell'interesse sociale e privato. La qual cosa era fattibile, perchè nella procedura vi è una parte di relativo e anche di arbitrario, maggiore che nel diritto privato, e perchè le linee di essa presentano sufficiente elasticità da potersi presto e facilmente modificare: motivo che in ogni tempo ha incitato i legislatori a provare e riprovare riforme i cui effetti erano tosto constatati. La storia della procedura elenca questi esperimenti tanto copiosi e altrettanto vari da paese a paese; ed è anche per questo che ogni paese ha la sua procedura.

Il vero *nascimento* italico nella procedura si inizia col risorgimento del diritto romano nelle scuole e corrisponde alle esigenze della nuova economia monetaria che si afferma vieppiù vigorosa nel corso del secolo XIII. Fino al mille e cento nei

Digitized by Google

tribunali non erano portate che controversie *de terra, de proprietate*, o sulla libertà di qualche uomo o famiglia, le quali potevansi anche risolvere col rapido orale procedimento proprio delle civiltà primitive e che i Germani avevano portato in Italia. Agli interessi fondiari bastava quella procedura rurale basata sopra prove formali, e le genti semplici e superstiziose affidavansi anche ai duelli e ai giudizi di Dio per risolvere le questioni. Ma al tempo dei Comuni col crescere e predominare di una economia risultante dai traffici e dalle rinate industrie, si svolse il diritto delle obbligazioni, che doveva trovare complemento in un procedimento più perfezionato in confronto di quello usato nelle curie feudali. La civiltà italiana, che aveva già respinto il duello e le altre prove barbariche, sollecitò riti razionali, cioè la logica nei giudizi. Gli Italiani che fondarono la potenza e la ricchezza delle loro città sul commercio, che seppero espandere la loro attività in tutta Europa, che agivano con una potenza nuova, il denaro e il credito servito da delicati strumenti che per primi essi manovravano, dando il primo esempio di un'economia capitalistica, come risuscitarono dalla scienza romana il diritto delle obbligazioni, così da essa presero quanto era possibile e vitale di quel meccanismo procedurale che Giustiniano aveva definitivamente fissato nelle sue leggi.

Il quale, insegnato nelle scuole e predicato nei primi tempi con intendimenti teorici, non tardò ad essere dagli stessi dottori valutato per la pratica, e quindi a penetrare nei tribunali cittadini, attuato dai consoli, potestà e giudici cui pungeva il desiderio di spogliarsi di ogni resto di barbarie e di adottare forme giudiziarie più consone a un popolo che si sentiva civile e che voleva ricollegare la sua civiltà e i suoi destini a quelli di Roma. Lo spirito del procedimento romano non era poi morto interamente in Italia e l'avevano conservato specialmente i tribunali ecclesiastici, e nelle collezioni canoniche non mancano regole riproducenti quanto di più essenziale conteneva quel procedimento, regole alle quali il Decreto di Graziano assicurò diffusione e valore di legge generale.

Così si incontrarono in Italia due tendenze perfettamente concordi a perfezionare il procedimento e a renderlo logico sulle basi dell'*ordo* romano, quella dei civilisti e l'altra dei canonisti, e concorsero insieme due forze creatrici di un procedimento nuovo, originale, i papi e i dottori, e così nacque il procedimento romano-

Digitized by Google

canonico, che dall'Italia, dai suoi tribunali civili ed ecclesiastici, si diffuse in tutti i paesi d'Europa.

2. Nello stesso modo che per opera delle scuole risorse il diritto materiale romano, così ne ritornò in vigore la parte vitale del processo, il che era anche inevitabile, dato il carattere proprio del sistema romano delle azioni, nel quale è impossibile una separazione fra diritto e procedimento. Poichè nell'ordinamento giuridico romano ad ogni pretesa o diritto corrisponde un determinato modo di difesa giudiziaria, al punto che questa si confonde e si immedesima col diritto stesso; così adottate le regole romane pei singoli istituti privati, dovettero glossatori e commentatori accogliere anche il sistema delle azioni, non potendosi intendere ed applicare quelle regole senza la contemporanea adozione dei titoli delle azioni. Però tale introduzione del procedimento romano nei tribunali italiani, non potè avvenire che attraverso equivoci e adulterazioni rese inevitabili, sia per la inesatta conoscenza della storia giuridica romana, sia per le diverse condizioni di ambiente, sia per la eterogeneità degli ordinamenti giudiziari e politici.

E fu fortuna che per quanto fervore fosse posto nella risurrezione di queste idee morte e delle relative parole incomprese, essa riuscisse solo in parte, e quindi il puro processo romano, come era scritto nelle fonti, non fosse insegnato nè applicato. Ne fanno prova quelle operette *de regulis iuris* nella parte consacrata al processo, coi titoli *de ordine iudiciario, de actionibus*, ove cercavasi volgarizzare una materia per sè difficile e complicata, rendere famigliare a giudici e ad avvocati un procedimento cotanto estraneo alla vita e al linguaggio ordinario. Il procedimento romano realizzava un meccanismo risultante da un'esperienza secolare, mosso dalla legge e manovrato dai magistrati, colla minore libertà lasciata alle parti. Nel primo sviluppo fino alla *Lex Aebutia* apparve il procedimento come una contesa (*contentio*) rigorosamente formale intorno a diritti privati, diretta dall'autorità: nell'ulteriore sviluppo assunse il carattere di un rapporto contrattuale sempre sotto la direzione del giudice, cosicchè se anche le solennità antiche eran sostituite da vuote formali espressioni e la gravità del magistrato veniva offuscata dal fasto burocratico, sempre si conservava il principio fondamentale: *iudicio contrahitur*. La pretesa di portare questo procedimento in tribunali fino a quel momento regolati da norme semplici e facilmente

Digitized by Google

da tutti intelligibili doveva incontrare difficoltà quasi insuperabili, che superò solo apparentemente: lo stesso intendimento di far parlare le parti coi *nomina actionum* insegnati nelle scuole doveva necessariamente fallire, e fu fortuna, ripetiamo, perchè una procedura nata in altro clima storico, rimessa in moto da una forza tutta artificiale quale è la scuola, ad altro non sarebbe riuscita che a separare il mondo giudiziario dalla vita comune in quanto un artificioso tessuto di parole avrebbe velato quella realtà che richiede chiarezza e semplicità.

Ma passato il primo momento di infatuazione scolastica, gli stessi glossatori e meglio ancora i proceduristi del secolo XIV piegandosi alle esigenze del foro, senza rinunziare alle loro predilezioni nominali, conservarono del procedimento romano quello che era la più vitale sostanza, e abbandonarono le esteriorità formali incompatibili colle tendenze nuove popolari, con imponderabili esigenze spirituali, e per di più contrastanti coi principii introdotti dalla legislazione canonica e specialmente colla sempre crescente importanza degli atti scritti nel processo.

Qui va notato come l'azione della Chiesa, che si esplicò in tante parti rilevanti, fu diretta specialmente a rendere scritto il processo, il che traeva con sè radicali trasformazioni nel modo di *porre* le domande, nel presentare le eccezioni e le prove, nelle facoltà accordate alle parti di replicare, triplicare e di discutere gli *articuli probatorii*. Il diritto canonico introdusse la *comparsa* che per opera dell'avvocato dava al processo uno svolgimento ignoto non solo al diritto germanico ma al romano. Questo fatto è per sè sufficiente a spiegare le innovazioni che il procedimento giustinianeo subì nei tribunali italiani; cosicchè se si parlava ancora di *ordo iudiciorum* nel senso classico, in fondo si svolgeva un procedimento radicalmente diverso.

3. A questo rito giudiziario spetta veramente il nome di processo romano-canonico: romano per una parziale terminologia, pei richiami alle fonti giustinianee da cui dal sec. XII in avanti furono desunti i concetti fondamentali: canonico per le notevoli innovazioni provenienti da disposizioni pontificie, tanto che non vi è punto ove non si abbia a ricordare qualche canone che fece testo anche nei tribunali laici. Così in materia di litispendenza, competenza, delegazione, prove, indizi, notorio, sentenze, nullità, appelli, revocazione, ecc. Il diritto canonico lo permeò col suo spirito di buona fede e di equità, ponendolo così oltre e sopra

Digitized by Google

le nazionalità e il particolarismo delle leggi. La Chiesa fece di questo processo elaborato sì dai canonisti che dai civilisti il processo cattolico per eccellenza, che ebbe perciò aperte le aule giudiziarie di tutto il mondo. Gli interpreti di questo processo romano-canonico, chierici o laici, ebbero identità di idee e di intenti; e perciò non vi è differenza fra il vescovo Guglielmo Durante, italo-francese, celebre autore dello *Speculum iudiciale* (donde il nome di *speculator*) e Pillio o Tancredi, oppure i proceduristi tedeschi fino a tutto il sec. XVIII. Lo stesso rito nel foro ecclesiastico e civile: le due leggi si erano incontrate, formando il procedimento italiano dopo il sec. XIII, ponendo nell'ombra o seppellendo addirittura quanto il medioevo aveva lasciato in eredità.

4. Le pagine seguenti dimostreranno ad evidenza come sia lontano dalla verità il supporre che qualche filo di origine germanica sia nella tessitura della procedura italiana comunale, come sia tendenzioso figurarsi, nell'Italia settentrionale e centrale, colla formazione di un diritto territoriale anche lo sbocciare di un procedimento autonomo, nato dalla libertà accordata al giudice, al tempo dei Comuni, nella disamina del fatto e del diritto a lui sottoposto (come era presso i Romani), ma poi tenuto a render conto per l'osservanza di regole legali sopra l'oggetto, la materia, lo svolgimento del suo esame (come nel procedimento germanico). In questa direzione le forme giuridiche longobarde si sarebbero trasformate semplicemente in conscio accostamento agli usi giudiziari romani o alle fonti romane per opera dei tribunali municipali lombardi ove sedevano giudici dottori romanizzanti. Questa trasformazione sarebbe stata compiuta dalla legislazione statutaria, la quale avrebbe disciplinato il nuovo processo.

In tale tesi enunciata dal nazionalismo germanico, vengono rovesciati i termini del problema, perchè gli statuti diverrebbero i motori del rinnovamento procedurale, mentre essi non risentono altro che gli effetti di un nuovo orientamento avvenuto negli studi e nel corso della civiltà. Gli statuti accolsero il processo romano-canonico quando già esso era insegnato nelle scuole, applicato nelle curie ecclesiastiche, descritto in tanti trattati; essi seguirono, non precedettero la dottrina. Quelli redatti nel sec. XIII si spogliarono degli avanzi germanici e vestirono il nuovo rito, nuovo e originale in confronto di quello praticato nelle curie anche dopo il mille, o favorito dalla romanizzante scuola pavese; nuovo perchè esso era prevalentemente basato sullo scritto, mentre l'altro aveva per sua fisionomia l'oralità.

Digitized by Google

Dippiù con questa infondata supposizione si dimentica che la Chiesa da secoli aveva una sua procedura, che i vescovi non procedevano di arbitrio ma si attenevano a norme precise sostanziali, a forme rigorose e solenni. Nulla era lasciato senza regole, e anzi il procedimento suo rappresentava l'antitesi o la reazione a quello tutto simbolico in uso nei tribunali secolari. Molte forme si accostavano a quelle della tradizione romana; e nello stesso modo che la Chiesa si era ordinata sul tipo romano, e al diritto romano aveva sottoposto i suoi istituti patrimoniali, così aveva preso dal procedimento romano la parte più vitale e logica, senza per questo chiudere la porta agli altri diritti, il che avrebbe contradetto la sua universalità. Ma quanti principii sani animatori di buona pratica non scaturirono dallo spirito di equità che anima la legislazione canonica! Se vi fu eccesso di forme, se nulla fu lasciato all'arbitrio, ciò fu determinato dal concetto di realizzare la maggior giustizia. Con ciò non si vuol dire che detta legislazione fosse scevra di difetti e libera da pregiudizi, e basterebbero quelli delle prove formali vincolanti la decisione del giudice. Questi ed altri difetti, più propri del tempo, non distruggono il fatto che dal processo canonico venne unità e razionalità al giudizio, due elementi che gli assicurarono diffusione e vittoria sulle stesse procedure nazionali.

In confronto del processo romano quello canonico rappresenta un superamento: basterebbero la felice combinazione dello scritto colla oralità (1), il diritto del giudice di interrogare le parti ad ogni momento (2) e di dirigere il giudizio, il favore accordato all'arbitrato e alle conciliazioni, la disciplina degli appelli, delle nullità, delle sentenze interlocutorie, e tanti altri sagaci provvedimenti, che poi la pratica corruppe, quando il diritto divenne « malevolenza *propter multifarias cavillationes professorum in hac scientia* » (3). Esso si distinse ancora per quella peculiare adattabilità che ebbe in comune con tutte le istituzioni ecclesiastiche, in guisa che nel corso dei secoli e presso i vari popoli potè restare

(1) Si allude alle posizioni scritte dell'attore a cui il convenuto può rispondere a voce. Vedi c. 1, X, de libell. oblat.; c. 6, X, de iudiciis; c. 10, X, de fide instrum.; Clem. 2, de verb. signif.

(2) c. ult., X, de transact.

(3) Con queste parole P. de Ferrariis, che scrisse nel 1400 la *Practica papiensis* riprende i proceduristi del suo tempo. E più irriverente è spesso contro gli ecclesiastici.

Digitized by Google

a base di quei perfezionamenti che cercarono le passate generazioni per realizzare la migliore giustizia (1).

Non era possibile che questo processo canonico vivo e vitale, non estraneo alle stesse fonti romane a cui attingevano i civilisti, dovesse costituire un'antitesi a quello che svolgevano questi ultimi. Non solo per l'accordo fra i due poteri, non solo pel principio indiscusso che la legge canonica dovesse vincere e dirigere la civile, ma pel fatto che quella aveva già costituito il suo rito, avvenne la penetrazione di questo rito nelle curie laiche, e l'accettazione di esso da parte dei nostri giuristi, che ebbero il merito di dargli una base teorica.

5. Essi scrissero trattati su tutte le parti del processo, e per meglio chiarirne il meccanismo finsero perfino liti giudiziarie fra la Madonna e Satana, contestate con tutte le eccezioni dalle parti e decise, dopo esaurite tutte le prove, con sentenza pronunciata al tribunale divino. Le trattazioni a servizio della pratica moltiplicarono, quando i tribunali italiani furono invasi da turbe di dottori togati che nelle formule romane e nei rimedi del processo canonico non che nelle cautele e sottigliezze insegnate dai trattatisti trovavano le armi acconcie per le loro giostre e per prolungare all'infinito le liti.

La più antica storia della letteratura processuale fu tracciata da Giovanni di Andrea, il commentatore di Durante, il quale elencò numerosi civilisti e canonisti che illustrarono il processo cominciando dai glossatori, da Irnerio, a cui si attribuisce una operetta *De natura actionum*, da Piacentino autore della *Summa de varietate actionum* (2), da Bassiano che formò l'*Arbor actionum*

---

(1) Sul processo canonico v. degli antichi l'Hostiensis, Innocenzo IV (Fieschi), Nicolò de' Tudeschi (Abbas Panormitanus, m. 1477): e fra i recenti MÜNCHEN, *Kanonische Gerichtsverfahren*, 1874; BOUIX, *De iudiciis eccles.*, 1855; ENDEMANN, *Civilprozess im kanonische Lehre* (esposiz. storica) in *Zeitschrift f. deutsche Civilprozess*, 1890; JACOBI, *Prozess im Decretum Gratiani und bei den ältesten Decretisten*, in *Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, Kanon. Abth.*, 1913.

(2) Operetta notevole in quanto vuole lo scritto, la libera convinzione del giudice non legato a risultati di prove, e pone a fondamento del giudizio la *litis contestatio* riguardata come novazione. Carattere più dottrinale che pratico, soverchiando in essi l'uso delle fonti giustinianee, hanno il breve scritto di ignoto autore *Ulpianus de edendo* (1150) e la *Summa de ordine judiciario* di Ottone da Pavia (1181), la quale adopera anche il diritto canonico, ma più strettamente si attiene al romano al punto da pre-

Digitized by Google

nel quale era messa a base del procedimento la divisione delle azioni in civili e pretorie. Queste opere consacrate al diritto materiale delle azioni esercitarono molta influenza nello svolgimento del diritto procedurale, come anche quelle *de libellis formandis* che pure basate sul diritto romano delle azioni insegnavano come l'atto introduttivo della lite dovesse formularsi secondo l'*actio* a cui la lite riferivasi. Servirono a tale scopo le *Somme*; fra cui quella *Quicumque vult* di Bassiano, di Bernardo Dorna (1203), di Roffredo di Epifanio (1234), di Odofredo, di Martino di Fano, di Giovanni di Blanosco, ecc. E sopratutto ebbe rinomanza quella di Pillio (1198), ove è tenuto conto degli usi giudiziari del suo tempo, con accenni quindi non solo al diritto canonico ma anche a residue consuetudini di città lombarde: e dopo Pillio, composti cogli stessi intendimenti pratici, vennero gli scritti di Guido da Suzzara e di Iacobo di Arena.

Il processo canonico ebbe molte trattazioni, quali quelle di Damaso (1215), di Tancredi (1234), di Grazia Aretino (1243), di Giovanni de Deo, di Egidio de Fuscarariis (1260), oltre alle anonime [1]. Questa letteratura fu soprafatta e quasi eliminata dallo *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante di Provenza (1237), studente a Bologna, maestro a Modena, morto a Roma nel 1296. Tutto il processo civile, canonico e criminale vi è esposto, e la riputazione dell'opera è dimostrata dalle 40 edizioni che ebbe, più all'estero che in Italia (l'ultima di Lione, 1690). Come Accursio riassunse i risultati della scuola pel civile, così fece Durante pel processo, ed egli ne diede le regole fondamentali, nelle quali i successori inquadrarono il particolarismo degli statuti municipali, come fecero Lanfranco di Oriano (1448) e Pietro de Ferrariis (1400) per la Lombardia, Roberto Maranta (1520) per le curie napoletane. Dopo il sec. XVI l'autorità di Durante fu meno invocata anche perchè le varie curie regionali abbero il loro *stylus curiae* nato da consuetudini integranti il diritto comune o il rito antico pieno di lacune. Furono dal sec. XVI al XVIII com-

---

ferire l'oralità negli atti procedurali più importanti. Altri scritti minori di proceduristi del sec. XII sono stati pubblicati in questi tempi; altri stanno ancora inediti. — PESCATORE, *Beiträge zur mittelalterl. Rechtsgeschichte*, 1889; PESCATORE u. D. ABLAING, in *Zeitschrift f. Rechtsgesch.: Roem. Abth.*, XXII, 1888; KUNSTMANN, *Ueber die ältesten ordines iudiciorum.*

[1] WAHRMUND, *Quellen u. Geschichte des roemisch-kanon. Prozess im Mittelalter*, 1906-1920.

Digitized by Google

poste molte trattazioni generali e speciali, e anzi non vi è argomento procedurale che non sia stato svolto in opere di mole colossale. Uberti consacrò 800 pagine in foglio alla citazione, Menocchio pavese (1532-1607) tre volumi agli indizi e alle presunzioni, e altrettanti Mascardo da Sarzana (m. 1588) alle prove; Altimare due alle nullità, e grossi volumi in f. scrisse Scaccia sulle sentenze e gli appelli. Vero è che queste compilazioni sono impinguate con qualsiasi tema giuridico, e la citazione o le nullità servono di pretesto alle più impensate scorribande in campi svariatissimi. Tanto nelle opere generali che speciali lo scrittore impaluda nella più angusta, farraginosa casistica, accumula opinioni e dottrine per uso degli avvocati, abbandona ogni indagine sulle fonti, non si eleva a principii generali, non concepisce la possibilità di una qualsiasi norma direttiva, tutto dato alle necessità forensi, estraneo a quell'alito proveniente dalle scuole degli umanisti. Benvenuto Scaccia di Ancona (1508-1578), che è uno dei migliori, compose la prima parte del suo *de iudiciis* con metodo lodevole, ma nella seconda cedè al gusto dei tempi riempiendo 500 pagine di scolastiche logomachie fatte di *amplia*, di *limita*, di *distingue*.

I pratici che fecero testo furono Vestrio, Scaccia, Ridolfini a Roma, Borelli, Sanfelice, De Luca, Moscatello, Capuccio a Napoli, e poi in seguito Caro, De Liguori, Nicolini; Della Chiesa e Peregrini in Piemonte; Grecchi e Priori a Venezia; Rotondi a Milano; Asinio, Sabelli in Toscana; Buscemi, Barbagallo, Rocchetti, Candini in Sicilia. Tutte queste *prassi* si somigliano e si può ad esse applicare il giudizio che Fabro formulava pei libri giuridici del suo tempo: letto uno, si sa quello che dicono gli altri. Sono catechismi uniformi mortificanti l'intelletto, o repertori di opinioni riferite senza commenti, selezione e conclusione. E come sopra qualsiasi materia relativa al processo non esistesse una dottrina definita e certa e tutto fosse dubitabile, ogni tesi avesse i suoi sostenitori, si può constatare nei grandi repertori ammaniti a servizio del foro del Cardinale Toschi (*Tuschius, Conclus.*, 11 vol. in fol.), dal napol. Sorge (22 vol., 1750), dal venosino Card. De Luca (1617-1687), nel trattato *de iudiciis* e nel suo *Theatrum veritatis* (16 vol. in f.), nella *collectanea doctorum* di Argiro (1729) e di Maradei (1720), ecc., e in altri teatri del diritto, prassi universali, ove sono riportate sentenze di dottori, decisioni di tribunali coll'avvertenza che *non desunt tamen contraria exempla*:

Digitized by Google

« veri arsenali e botteghe da rigattiere, come le chiamava L. A. Muratori, ove ognuno trovava la veste che voleva ».

La colpa sopratutto era della mancanza di leggi chiare e precise. Era inevitabile che sopra le poche norme statutarie crescesse una foresta aspra e selvaggia della più contraddittoria giurisprudenza, che ogni opinione trovasse sostenitori, che ogni curia avesse la sua prassi: e ciò durò fino alla pubblicazione dei codici di procedura copiati quasi interamente sul modello francese. In questa materia la Francia aveva preceduta l'Italia, dotandosi di un rito giudiziario semplice e spedito (Ordonnance del 1667), riprodotto nel codice del 1807, che portato fra noi avrebbe dovuto essere migliorato cogli insegnamenti e colla esperienza dei nostri tribunali (1).

6. L'Italia meridionale ebbe il suo *ordo iudiciarius* più antico nelle Costituz. di Federico II (I, 96-107; II) ove per opera di giurista bolognese furono inserite le precipue norme del processo romano-canonico: poi ebbe leggi procedurali che dominarono sino al sec. XVIII; il regno di Napoli ebbe i *Ritus Curiarum* compilati da Nicolò Capiscrofa intorno al 1333, ordinati e distribuiti dai commentatori (G. de Perriniis) in 311 capitoli, e i *Ritus regiae Camerae Summariae*, opera di Andrea di Isernia (m. 1316).

Leggi procedurali di Sicilia furono il *Ritus M. R. Curiae* compilato sotto Alfonso I di Aragona (1446), opera di Leonardo di Bartolomeo, e la Prammatica di Federico I del 1477. In tutti questi riti accanto a molte norme di origine romano-canonica abbondano quelle desunte da locali usi forensi; e sopra alle une e agli altri si sovrapposero numerose leggi promulgate dalle dominazioni che si succedettero, e più ancora una farraginosa giurisprudenza che certamente non giovò alla giustizia. La procedura nell'Italia meridionale era un labirinto tenebroso, una trappola a sorprese, verso la quale null'altro vi era a fare che distruggerla, come fecero i codici del 1879 (2).

---

(1) Una lode speciale va assegnata al Regolamento giudiziario pontificio del 1838 che in parte restò fedele alla tradizione italica.

(2) L'antico rito siculo restò in vigore fino al 1860 nei tribunali ecclesiastici: v. PERRICONE, *Ritologia ecclesiastica sicula*, 1846.

Digitized by Google

OPERE PRINCIPALI DI PROCEDURA COMPOSTE IN ITALIA.

SECOLO XII:

De verbis legalibus, ed. Gaudenzi, *Biblioth. iuridica m. aevi*, II, 129; BULGARUS (m. 1164), *De iudiciis*, nei *Tractatus universi juris*, Venezia, p. III, e in Wunderlich, *Anecdota quae ad processum civilem spectant*, Gottinga, 1841, pag. 13-26; RICCARDUS ANGLICUS, *Ordo iudiciarius*, ed. Witte, 1851; OTTO PAPIENSIS, *id.*, ed., Goblerus, 1536, e assieme a PILLIUS e nella *Praxis* B. BRUNATII, Ven., 1567; PLACENTINUS, *De varietate actionum*, libri sex, Magonza, 1530, 1535, 1537; Lione, 1536; ed. Pescatore, 1897, e nei *Tractatus univ. iuris*, tomo XXXIII; ULPIANUS, *De edendo*, ed. Haenel, 1838 (di origine normanna?); DAMASUS, *De ordine iudiciario*, ed. Wunderlich, *Anecdota*, pag. 45-120; *Ordo iudiciarius* (1171), ed. Kunstmann, *Kritische Ueberschau der deutsch. Gesetzgebung u. RWiss.*, II; JOAN. BASSIANUS, in Savigny, III, e in Gaudenzi, *Bibliot. iurid. m. aevi*, II; *Ordo iudic.*, ed. Gross, 1870: ed. Scialoja, *Bolleti. dell'Istituto dir. rom.*; *Summae* ARNULPHI, AEGIDI, DORNAE, ecc., ed. Warmund, *Quellen zur Gesch. des roem. kan. Prozess im MA.*, 1906-1913.

SECOLO XIII:

BAGAROTTUS DE CORADIS (m. 1242), *Cavillationes*, nei *Tractatus*, Lione, 1549, t. IX e nei *Tract. iuris univ.*, Venet., tomo III, parte II, foglio 128; *De reprobatione testium*, nei *Tract. iuris univ.*, Venet., 1554, t. IV, f. 298; UBERTUS DE BOBBIO (m. 1245), *De positionibus*, nei *Tractatus ex variis iuris. interpret.*, Lione, 1549, t. IV, f. 187 e nei *Tract. iuris univ.*, Venet., t. IV, f. 7; UBERTUS DE BONACURSO (di Modena, m. 1236), *Aureum et solemne opus quod praeludia et exceptiones appellavit*, ed. Tremolis, Lione, 1522, 1533, 1543; Colonia, 1583; JOANNES DE DEO (m. 1253), *Doctrina advocatorum partium et assessorum in quo continentur omnia quae spectant ad forum iudiciale*, Venezia, 1567; BONAGUIDA ARETINUS, *Summa introductoria super officio advocationis in foro ecclesiae*, ed. Wunderlich, *Anecdota* cit., pag. 133-345; ROFFREDUS EPIPHANII BENEVENTANUS, *Solemnis atque aureus tractatus libellorum*, Avignone, 1500; Venezia, 1537; Lione, 1538, 1561; Colonia, 1591; *De positionibus*, nei *Tract. ex var. iuris interpret.*, Lione, 1549, vol. IV, f. 181, e nei *Tract. iuris univ.*, t. IV, f. 2; PILLIUS, GRATIA, TANCREDUS, *De ordine iudic.*, ed. Bergmann, Gottinga, 1842 (Tancredo è anche in ed. Lione, 1515, 1547 e nei *Tract. univ. iuris*, III, parte I: l'opera fu composta nel 1214); JACOBUS BALDUINI (m. 1235), *De primo et secundo decreto*, nei *Tract.*, III, f. 136, e nei *Tract. ex variis iuris*, Lione, 1549, VIII, f. 214; AEGIDIUS FUSCARARIUS (1260, m. 1289), *De ordine iudic. in foro eccles.*, 1572; ODOFREDUS, *De libellis*; MARTINUS DE FANO, *De exception.*; GUIDO DE SUZARIA; JACOBUS DE ARENA, *De exception.*, nei *Tract. univ. iuris*, III; GUILIELMUS DURANTIS, *Speculum iudiciale*, 40 edizioni; JOHANNES ANDREAE, ed. Wunderlich, 1840.

Digitized by Google

SECOLO XIV:

BARTOLUS A SAXOFERRATO (1314-1357), *Tractatus de ordine iudiciorum nunc primum separatim editus a* Ad. Martin, Jena, 1826; *Tractatus procuratoris sub nomine dyaboli editus*, Venezia, 1478, 1616; Roma, 1473; *De testibus*, nel *Tractatus de testibus*, Colonia, 1596; *Processus Satanae*, in tre edizioni: *Processus contemplativus quaestionis ventilatae coram D. n. Jesu Christo*, o *Processus Sathanae contra genus humanum*, o *Processus iudiciarius inter Mariam et Diabolum*, molte ed., 1473-1611: in questa ultima dal titolo, *Processus ioco-serius*; OTTO SENONENSIS, *Summa de interdictis iudiciisque possessoriis*, Magonza, 1536; PETRUS JACOBI (scrisse 1311-1329), *Practica libellandi seu practica aurea*, 9 ed., 1473-1575; JACOBUS DE THERAMO O DE ANCHARANO (1382), *Processus Luciferi contra Jesu coram Salomone*, 1472, e molte ediz.: BALDUS DE UBALDIS, *Practica iudic.*, molte ed. (ma di altro autore, secondo Solmi); RAINERIUS DE PERUGIA, *Ars notaria*, in Gaudenzi, *Bibl. m. aevi*, II, 25.

SECOLO XV:

JOHANNIS PETRUS DE FERRARIIS, *Practica aurea* o *Practica papiensis*, Venezia, 1473, 1492; Norimberga, 1482; Lione, 1477, 1502, 1509, 1515, 1524, 1549, e altre ed. a Colonia, Milano, Venezia, 1585; NICOLAI DE TUDESCHIS, o PANORMITANUS, o SICULUS, o ABBAS (m. a Palermo, 1445), *Practica aurea*, Parigi, 1508; Colonia, 1555; e nelle sue *Opera*, t. VIII; LANFRANCUS DE ORIANO (m. 1448), *Aurea iudiciaria practica*, Lione, 1521, 1525, 1534, 1543, 1550; Venezia, 1587.

SECOLO XVI e XVII:

MARANTA R. (di Venosa, m. 1530), *Tractatus de ordine iudiciario vulgo Speculum aureum et lumen advocatorum*, Lione, 1544, 1554, 1557, 1567, 1569; Colonia, 13 ed.; Venezia, 1557; Francoforte, 1586; ultima ed. Colonia, 1650 (specialmente pel napoletano); SCACCIA, *De iudiciis causarum civilium crimin. et haereticarum*, Francoforte, 1618, 1669; Colonia, 1738, 1765; MENOCHIUS (n. Pavia, 1532-1607), *De arbitrariis iudicum quaestionibus*, 8 ed.

Pratiche locali:

Piemonte: AB ECCLESIA; SOLA; MORO, *Pratica civile* ultima ediz. 1784. — Venezia: DE OLIVA 1542; GRECCHI, *Formali à del processo nel dominio veneto*, 1790. — Toscana: ASINIUS; SABELLI, *Pratica civile e criminale universale per alfabeto delle leggi, statuti di Toscana*, Firenze, 1665, 1680. — Roma: VESTRIUS, *In Rom. aulae iudiciorum morem*, 1579; RIDOLPHINUS, *De ordine proced. in curia romana*, 1659; PAETUS, *Practica capitolina*, 1610: oltre CAPUCCIUS, 1680 e SCACCIA cit. — Napoli: MUSCATELLUS, *Praxis*, 1646; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, 1668, 2 vol.; RICCIUS, *Praxis iudiciorum*, 1742, 2 vol.; CODA, *id.*, 1654. — Sicilia: BUSCEMI, BARBAGALLO, BURGIUS, *De modo procedendi*, 1646. — Si hanno anche formulari: *Formularium senense*, 1592; *Essentialia iudicii*, 1626 per Firenze; *Form. Sacramosi*, 1585; e pel napolet. SANFELICE, 1647, 1733; BORELLI, 1768; LIGUORI, 1780.

Digitized by Google

FONTI LEGISLATIVE ESAMINATE.

PIEMONTE:

Statuta vetera civ. Aquis, ed. Fornarese, 1905; Statuta civ. Bugellae, ed. Sella, 1904; Stat. di Biella, 1245, ed. Gabotto, 1909; Statuta com. Novariae, 1277, ed. Ceruti, 1879; Stat. Novariae, 1573; Statuti di Amedeo VI e di Pietro II, ed. Nani; di Amedeo VIII, 1423; ed. Buraggi, 1907; Statuta Canavisii, ed. Frola, 1918; Stat. Viglevani, 1608; Stat. del Com. di Vercelli, 1241-1335, ed. Adriani, 1877; Decreta ducum Sabaudiae et Pedemontii, 1586; Costituzione di Carlo Emanuele I, 1615; di Vittorio Amedeo, 1633; Leggi e costituz., 1723, 1770.

LIGURIA:

Leges ianuenses, in *Hist. p.Monum.*, *Leges*, II e III; Statuta reip. genuensis, 1673; Statuti della Liguria, ed. Rossi, in *Arch. storico ligure*, XVI, 1878-88; Stat. antiqua Saonae, ed. Bruno, 1918; Stat. Saonae, 1595.

LOMBARDIA e VENETO:

Stat. civ. Feltre, 1749; Belluni, 1747; Vicenza, 1228, ed. 1778; Stat. Bergami, in *Hist. patriae monum*, *Leges*, II; Stat. Bergomi, 1727; Stat. Brixiae ed. Odorici, in *Hist. patriae monum.*, XVI, *Leges*, II; Stat. Brixiae 1722; Stat. di Pallanza, an. 1484, 1912; Statuto di Trento, sec. XIV, ed. Gar, 1858; Stat. Casalis maioris, 1717; Statuta Veronae, 1582 e 1747; Statuti del com. di Padova dal sec. XII al 1285, ed. Gloria, 1873; Stat. di Padova tradotti, 1549; Stat. civ. Cremonae, 1578; Stat. Castri Arquati, 1445-1449, Piacenza, 1876; Stat. civ. Laudensis, 1538; Stat. Comensis Novicomi, in *Hist. patr. monum.*, XVI, *Leges*, II; Statuti del Lago Maggiore, ed. Anderloni e Sella, 1914; di Como, sec. XIV, 1913; Constitutiones Mediolani, 1574, 1747; Stat. Mediolanensium, 1588; Statuti di Rovereto, 1425-1610, ed. Gar, 1859; Stat. Brixilli, 1697. — Venezia: Leges et stat. Venetorum, ed. 1609.

FRIULI:

Statuti ed ordin. del Com. di Udine, ed. Joppi, 1878; Constitutiones patriae Foroiuli, 1366, ed. Joppi, 1900; Stat. friulani: di Monfalcone, 1456, 1881; Stat. Cadubrii, 1545; Statuta civit. Austriae (Cividale), ed. Leicht, 1880.

ISTRIA:

Statuti di Pola, an. 1367-1431, ed. Benussi, 1911; Stat. civ. et insulae Curzolae, 1214-1558, ed. Hanel, 1877; Stat. concessi al Comune di Fiume da Ferdinando I, 1530, ed. Gigante, Fiume, 1910; Statuti di Parenzo, ed. Kandler, 1846.

Digitized by Google

ITALIA CENTRALE:

Stat. civ. Mutinae, 1327, ed. Campori, 1872; Stat. di Modena, 1590; Statuta com. Parmae, 1255-1374, ed. 1856; Stat. Parmae, 1590; Statuta civ. Placentiae, 1260-1568, ed. 1860; Statuti di Bologna dal 1245 al 1267, ed. Frati, nei *Mon. istor. delle prov. di Romagna*, 3 vol.; Stat. Bononiae, 1515 e ed. Saccus, 1737; Stat. Ferrariae, 1567, ed. 1624; Stat. civ. Cesenae, 1589; Statuti antichi di Forlì, 1915; Stat. Forilivii, 1615; Statuti di Viterbo, ed. Ciampi, 1872; Statuti di Frignano, 1337, 1914; Stat. di Perugia, ed. Azzi, 1916; Statuta Eugubii cum notis Concioli, 1685; Statuta Pisauri, 1531; Leges et statuta reip. S. Marini, 1834; Stat. Senegalliae, 1584; Statuta com. Regii, 1582; Statuti inediti di Rimini, ed. Salvioli, 1880; Statuta Urbisveteris, 1581; Statuti d. repub. fiorentina, ed. Caggese; Stat. del Capitano del popolo, 1322-25, 1910; Stat. del podestà, 1921; Stat. Florentiae, 1415, ed. 1778-83, 3 vol; Costituto di Siena del 1262, ed. Zdekauer, 1897; Costituto di Siena del 1309, ed. Lisini, 1903; Statuti di Pisa dal sec. XI al XIV, ed. Bonaini, 3 vol., 1854-70; Breve et constitutum pop. Pistorii, 1284, ed. Zdekauer, 1886; Statutum pop. Pistorii, 1296, ed. id., 1888; Stat. civ. Lucensis, 1539; Stat. di Lucca, 1308, in *Mem. e doc. per la storia di Lucca*, ed. 1867; Stat. del com. di Ravenna, ed. Tarlazzi, 1886; Statuti di Ravenna del sec. XIII, ed. Zoli e Bernicoli, 1904; Stat. Ravennae, 1590; Costituzioni egidiane, ed. Sella, 1912; Statuti di Ascoli Piceno, an. 1377, ed. Zdekauer e Sella, 1914; Statuti della città di Roma del sec. XIV, ed. Re, 1880; Stat. urbis Romae, 1580.

ITALIA MERIDIONALE:

Stat. civilia Beneventi, 1717; Consuetudini di Sorrento, ed. Volpicella, 1889; di Bari, ed. id.; Constitutiones regni Siciliae: Capitula, Ritus, Prammatiche, ed. 1765; ed. Giustiniani, 1805-6.

SICILIA:

Consuetudini di Palermo (fine sec. XIII) ed. Siciliano, Todaro e Lamantia: Consuet. di Messina, Catania, Siracusa, Trapani, ed. Lamantia, 1893; Capitula, ed. Testa; Prammatiche, ed. 1636-1800: Siculae Sanctiones, ed. Gervasi, vol. 6, 1750-55.

SARDEGNA:

La carta de logu di Arborea, ed. Besta e Guarnerio, 1905; Leyes y Pragmaticas, ed. Vico, 1781.

CORSICA:

Statuti civili e criminali di Corsica, pub. da Gregori, Lione, 1843.

Digitized by Google

CAPO II.

Il tribunale pubblico e l'arbitrato

1. L'espressione *processus*, che non era tecnica presso i Romani (1), lo divenne per opera del diritto canonico (2), che usò *procedere* e *processus* nel senso di agire, specialmente da parte del giudice, indicando quel complesso degli atti procedurali, che i Romani chiamavano *iudicium*: alla quale espressione pur restarono fedeli i civilisti, pei quali la parola *processus* andava accompagnata a quella di *iudicium* (3), e i primi trattati si intitolano *de ordine iudiciario*, e sotto il nome *de iudiciis* scrissero Maranta e Scaccia. Nella dottrina la divisione fra giudizio civile e criminale non si incontra che tardi, i criteri distintivi essendo incerti per gli antichi: per la Glossa era civile qualunque causa *quando agitur ad privatum comodum*, sia che discenda da contratto o da delitto (4): furono i criminalisti italiani a dire criminali i giudizi in cui la causa discende da delitto (5), opinione

(1) L. 3, § 13, Dig. de orig. iuris, I, 2; l. 41, de donat. inter virum et uxor., XIV, 1; l. 4, Cod. de sent., VII, 45.

(2) C. 2, X, de verb. sign., V, 40; c. 2, X, de rescript., II, 3; Clem. 2, de verb. sign., V, 11; rub. X, ut lite non contest. non proced. ad testium, II, 6.

(3) Così l'*Ordo iudiciarius* falsamente attribuito a Giovanni di Andrea: *Antequam dicatur de processu iudicii*. E anche BERTALDO, *Splendor venet. consuetud.*, ed. SCHUPFER, 1895, pag. 3.

(4) In l. si qua per calumniam, in Cod. de episc. et clericis, I, 3, voce *auri*.

(5) Così MARANTA, p. IV, dist. 1; CLARUS, *Liber recept. sent.*, q. 1; FOLLERIUS, *Pract. crimin.*, v. *Audiantur excusatores*, n. 97.

Digitized by Google

non accetta da tutta la dottrina, che ritenne civile la causa anche discendente da delitti quando la pena era pecuniaria (1).

La natura e la estensione del potere giudiziario, essendo manifestazione della costituzione politica, hanno variato nel corso dei secoli, aggirandosi intorno a due perni principali: magistrature popolari o burocrazia giudiziaria delegata dal sovrano. Le prime si incontrano nei Comuni italiani: la seconda è propria dell'Italia meridionale dai Normanni in avanti, e poi in tutta Italia dalle signorie alla formazione di monarchie nazionali o straniere.

2. Fonte della giurisdizione era l'imperatore pei civilisti italiani e il papa pei canonisti. I proceduristi non si fermarono alla questione che divideva i giuristi, se la giurisdizione fosse presso il popolo o presso i delegati del popolo (2), e le controversie politiche di guelfi e ghibellini furono sorpassate colla formola generale: essere la *iurisdictio plena* o *plenissima potestas de publico* esercitata da chi è investito del potere supremo, sia l'imperatore o il *princeps* (3) o i signori territoriali (4): comprendendo fra questi i consoli, che sono *magistratus maximi et superillustres* (5). Distinguevano però due giurisdizioni diverse per l'origine e la natura: una *a lege* sotto cui intendevano la potestà giudiziaria di cui erano investite le singole magistrature giusta il diritto positivo, equivocando sul significato delle espressioni romane; l'altra *ab universitate* spettante alle corporazioni sopra i loro membri (6): a questa seconda apparteneva anche la consolare o podestarile delle città. Con tali formole generali ritenevano superflua ogni trattazione sull'ordinamento gerarchico delle magistrature, bastando affermare il principio di autorità da cui erano investite. Del resto in questo tempo tutte le cariche erano a tempo e non esistevano giudici permanenti: amministravano la giustizia i con-

---

(1) MENOCHIUS, *De arbitr. iud.*, lib. I, q. 82; e la Rota romana riferita da SCACCIA, lib. I, c. 6. Al sec. XVII la separazione fu insegnata: v. BUCCARONIUS, *Tract. de differentiis inter iudicium civile et criminale*, Roma, 1624.

(2) Così BALDO e ALESS. TARTAGNA, in Cod. de iurisd. omnium iudicum, III, 13. Contro Bartolo alla stessa legge.

(3) BULGARUS, § 2; PILLIUS, II, § 13 seg.; DURANTIS, I, 1, de iurisdict. omn. iudic., § 1.

(4) Sul principio di autorità si pronuncia con chiarezza MARANTA, p. IV, dist. 5, n. 3 seg.

(5) DURANTIS, loc. cit.

(6) BARTOLUS, in l. 4 de colleg. illicit., XLVII, 22, n. 8.

Digitized by Google

soli e i podestà, depositari di tutti i poteri *de publico*. Le loro attribuzioni erano determinate dalle leggi e dal giuramento che pronunciavano: quindi a quelle si doveva stare tanto per sapere se il consolato fosse la magistratura corporativa o il console *de placitis* potesse giudicare da solo, essere *unus sine aliis* (1), quanto per regolare le competenze.

§ 1. *Giudici e tribunale.*

3. Le deficenze della letteratura processuale più antica sull'ordinamento giudiziario sono rilevanti; ma vanno diminuendo presso i grandi commentatori, come Bartolo e Baldo, perchè quell'ordinamento si era al loro tempo perfezionato con più esatta divisione dei poteri e coll'istituzione di veri e propri funzionari se non permanenti almeno destinati alla sola giustizia, poichè era ormai pratica generale riconosciuta nella dottrina che, se nel podestà o nel signore risiedeva la *plena iurisdictio*, il *merum et mixtum imperium* (2) — prescindendo dall'esame se l'avesse per consuetudine, *de iure* o *sine titulo* (3), — l'amministrazione della giustizia fosse delegata ad assessori o a giudici (4).

Il podestà poteva presiedere a tutti i placiti; ed era suo diritto, tanto che le sentenze erano pronunciate nel suo nome. Era però norma che fosse assistito da *assessori*, e anche quando nelle cause criminali era autorizzato a punire *suo arbitrio*, le leggi aggiungono *cum consilio tamen et voluntate omnium officialium vel maioris partis* (5). L'*arbitrium* era limitato ai casi pei quali gli statuti non prevedevano la pena (6). Poichè egli possedeva il banno, si comprende così larga facoltà, che conservò sempre. Le

(1) DURANTIS, II, De procuratoribus, § ratione autem formae.

(2) *Potestas terrarum non potest dici nisi habeat merum imperium*: ALEXAND. TARTAGNA, *Comment. in Digest.* in l. eum. Dig. de iurisdict. omnium iudicum (Venet., 1595).

(3) DURANTIS, I, p. II, De iurisd. omnium iudic.; BALDUS, in tit. hic finit Lex Conradi, c. 1.

(4) BARTOLUS, in l. penult. Cod. de iure fisci, X, 1.

(5) Stat. Pistoia, ed. BERLAN, pag. 16, n. 3; Genova, an. 1143, n. 11, 13, 34, ecc.; Padova, ed. GLORIA, 1236, n. 37; Ravenna, ed. FANTUZZI, pag. 73; Vercelli, ed. ADRIANI, n. 423, pag. 300; Vicenza, ed. 1886, pag. 17; Rimini, I, 18.

(6) Ciò è detto negli Stat. di Verona nella redaz. di Cangrande, III, 31, ed. 1475.

Digitized by Google

cause civili invece doveva risolvere *secundum leges, bonos mores et ius civile*, che giurava osservare. È noto come il podestà forestiero conducesse seco anche i giudici che con lui partivano al cessare della carica: ora essendo questa annua e anche di pochi mesi, avveniva che restassero interrotte e indecise le cause presentate davanti ai di lui giudici. Da ciò i divieti di non riceversi liti un mese prima della cessazione di carica (1), o la prescrizione di finire entro l'ultimo mese le cause introdotte (2), o di giudicare solo *de delicto tempore sui officii perpetrato*, o solo di quello commesso sei mesi prima o avente causa permanente (3). Altra limitazione alle facoltà giudiziarie del podestà forestiero era di non poter giudicare le cause dei suoi concittadini (4). La sua condotta come giudice era vagliata nel sindacato e rispondeva *si ferat malam sententiam — de imperitia assessoris* perchè eletto da lui e non dal popolo, anche *si assessor habebat privilegium approbationis a collegio doctorum*. Egli era in colpa se aveva seco portato giudice incapace (5), ignaro del diritto civile, non delle consuetudini locali che i litiganti dovevano addurre e provare (6).

In quanto ai giudici col governo podestarile si ripristinò il sistema romano del giudice unico, cioè non vi furono collegi giudicanti, ma un giudice per le diverse competenze, nominato dal podestà e quindi di lui vicario. Dal secolo XIV in avanti il podestà prima, poi il signore e i governanti delle città delegarono al giudice, pubblico funzionario, l'amministrazione della giustizia civile e criminale.

4. Da quanto si è detto sulla *iurisd. plena* discende la nessuna rilevanza pratica che ebbe in Italia la distinzione fra giudici or-

---

(1) Stat. Novara, 1573, I, pag. 5; II, pag. 44.

(2) Stat. di Bologna, 1515, II, 46. A Biella in uno statuto del sec. XIV (Stat. di Biella, ed. SELLA, vol. I, pag. 101) è detto: *iudicium ceptum coram uno consule possit coram alio expediri.*

(3) DYNUS, in l. iurisperitos, Dig. de excusatione tutorum, XXVII, 1; BALDUS, in l. 1, Dig. de iurisdict. omnium iudicum, III, 1; ALEX. TARTAGNA, alla stessa legge; BALDUS, in l. 1, Cod. de his quae poenae nomine, VI, 41; BARTOLUS, in l. eum § in popularibus, Dig. de iureiurando, XII, 2.

(4) Stat. Parma, 1590, pag. 6; Castro Arquate, 1445-49, II, pag. 80: *concivis non potest agere coram ipso iudice: potestas non reddatur ius concivi*; ed. 1876.

(5) ALEXAND. TARTAGNA, *Singularia*, in Dig., l. 2, quod quisque iuris II, 2.

(6) Glossa in l. praescriptione Cod. I, 2; BARTOLUS, ad h. l.

Digitized by Google

dinari e delegati, invece così fondamentale nel diritto canonico (1). Ne trattano anche i nostri processualisti collegandola alla questione dell'indipendenza dei Comuni e degli altri enti politici *qui hodie non recognoscunt superiorem in temporalibus* (2). In Italia tutti i giudici per la pace di Costanza erano ordinari, e delegati restavano quelli del papa e dell'imperatore (3). Il nome di *delegatus* fu usato nel senso concreto di qualsiasi *iudicialis cognitio*, istruttoria, interrogatorio, ecc., conferita a voce o per scritto a ufficiale giudiziario, incarico da attuarsi nei limiti indicati, pena la nullità degli atti (4). In questa materia Maranta trovava da elencare 40 particolarità del delegato (5).

Nell'Italia meridionale dove ai baroni era stato delegato l'esercizio del mero e misto, la dottrina ebbe a sbizzarrirsi sulla natura e l'estensione di tali concessioni: il principe poteva rinunziare alla sua potestà? vi poteva essere giurisdizione senza territorio e territorio senza giurisdizione? (6). Quella concessa *privative* vietava l'intromissione del giudice pubblico oppure alle supreme magistrature erano riservati certi diritti (7)? Ci basti indicare il genere delle controversie agitate nel sec. XVII.

5. Ogni giudice aveva la sua circonscrizione e la sua insegna; e la gerarchia fra le magistrature è continuata dal diritto romano senza interruzione, come l'obbligo del reciproco aiuto. Questa

---

(1) X, 1, de officio et potest. iudic. delegati.

(2) BARTOLUS, in l. 1, Dig. a quibus appellare non licet, XLIX, 2, e in l. hostes, Dig. de captivis, XLIX, 15; e in l. infamem, Dig. de publicis iudiciis, XLVIII, 1; BALDUS, *Lect. in Decretalia*, c. cum venissent, de eo qui mittuntur in posses., X, II, 15; INNOCENTIUS IV, *Apparatus super Decretal.*, c. 15, de fide instrum., II, 23; ABBAS PANORMITANUS, in c. pastoralis, 11, de officio iud., I, 31... E più tardi tratta la stessa questione pel re di Francia ANT. GABIUS, *Conclus.*, lib. V, de acquirend. rerum domin. c. III.

(3) DURANTIS, I, p. II, De officio iudicis, n. 2: *potestates et rectores qui in Italia eliguntur, habent iurisdictionem ordinariam*. Della distinzione fra ordinari e delegati parlasi ancora nei proceduristi posteriori (VESTRIUS, *De actionibus*, lib. III, c. 3; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. I, c. 16) ma senza pratica rilevanza.

(4) DURANTIS, I, p. I, de officio deleg.; PILLIUS, II, § 12.

(5) MARANTA, dist. V, n. 23; TANCREDI, I, § 2.

(6) Sono per l'affermativa il romano GRATIANUS, *Discept. forenses*, Ven., 1648, c. 918, e MENOCHIUS, *De praesumpt.*, 1609. In senso contrario SANFELICIS, *Decis.*, Nap., 1642, dec. 301.

(7) SANFELICIS, *Praxis*, 1647, sect. 25; SABELLI, *Practica*, 1680, voce giudice.

Digitized by Google

coordinazione confermata dal diritto canonico (1) obbligava il giudice a obbedire a ogni *iudicialis requisitio* (2), e anche il giudice laico era tenuto a prestare il *brachium seculare* alle richieste dell'ecclesiastico (3). Ma fuori del Comune, la solidarietà mancava e doveva essere stipulata con trattato (4).

6. Si cercò assicurare l'indipendenza del giudice, oltre i requisiti della dottrina e dell'età (30 anni), disponendo che non fosse chierico o monaco (5), nè conterraneo nè con parentela nel distretto (6). Nel napoletano i giudici erano eletti dai baroni da cui dipendevano; e poichè il sindacato era nominale, le leggi imaginarono diverse misure per assicurare una tollerabile giustizia; per es. si volle che possedessero beni stabili nel regno, per impedire che colla fuga si sottraessero alle pene in cui fossero incorsi (7); che, oltre non essere *idioti*, cioè illetterati, non fossero negozianti o esercenti il cambio (8); poi si vietò di essere arbitri (9), di partirsi dal luogo dove amministravan la giustizia senza licenza (10), prender doni (11), essere eredi fiduciari (12), far da testimoni (13) e perfino essere padrini di battesimo e di cresima (14). Nè altrimenti in Piemonte e Sardegna (15). Non vi è legge che non prescriva i

(1) C. 1, § 3, in VI de foro compet., II, 2; Clem. 1, eod. tit., II, 2.

(2) Gloss. Pastoralis; Gloss. de more ad c. 1, Clem. de sent. et re iudic.; BARTOLUS, ad l. 1, § 1, Dig. de requirendis, XLVIII, 17; MARANTA, VI, de citat., n. 40.

(3) C. 1, 4, X, de offic. iudic. ordin., I, 31; c. 2, X, de maled. V, 26: c. 2, X, de cleric. excom., V, 27.

(4) DURANTIS, II, 1, De compet. iud. adit., § 1, n. 5; BALDUS, addit. ad h. tit.; SCACCIA, lib. I, c. 33.

(5) Stat. Novara, 1573, II, 49.

(6) Const. Regni Siciliae, I, 38, 41, 44, 52.

(7) Capit. Regni Caroli II, cap. 159; Pragm. de eccles. personis.

(8) Pragm. 1 de mercat., e Pragm. 6, de triges. et salariis.

(9) Pragm. 6 id.; Pragm. 7, § 4, de offic. iudic.

(10) Pragm. 5, § 7, de off. M. Just.; Reali dispacci, p. II, tit. 74, disp. 26, 30.

(11) Pragm. 4, de triges. et salar.; Pragm. 1, de muneribus.

(12) Pragm. 3, de off. iudic.; Pragm. 16, 26 e 27, de officialibus.

(13) Pragm. 67, de offic. S. R. Cons.

(14) Pragm. 8, de official. In Sardegna era vietato ai giudici comprar beni messi all'asta: Leyes y Pragm., ed. VICO, VIII, 16.

(15) Leyes ecc., I, 42, 43; an. 1621: non possa far visite nè negoziare. Pel Piemonte e Savoia, legge di Amedeo VIII, di Emanuele Filiberto, 1561, di Carlo Emanuele I, 1581.

Digitized by Google

requisiti dei giudici (1) e non precisi i doveri. Anzitutto essere insospettato — e a Pistoia (*Breve*, II, 197) prescrivevasi, nelle accuse a giudice di vender giustizia, *credatur denunciatori usque in summam 20 sol., cum iuramento si fuerit homo bone fame et de fama stetur arbitrio iudicis*: per somma oltre i 20 richiedevasi un teste: oltre i 100 due testi, e il denunziatore era tenuto segreto.

7. Misure così severe inducono il sospetto che molto si temesse della rettitudine dei magistrati; timore giustificato da vari motivi già accennati (v. sopra c. III), cioè la venalità delle cariche, l'annualità di esse (2), il reclutamento arbitrario, le scarse retribuzioni tanto che si autorizzavano i giudici a pretendere doni dai litiganti. Abbiamo notizie, per l'Italia meridionale, di forti doglianze che salivano al trono regio contro i giudici corrotti che chiedevano cibi per provviste domestiche, estorcevano denaro, accedevano ai Comuni con pretesti sudboli per ricevere merci e derrate, per vivere a spese pubbliche o private, che patteggiavano il ritiro delle accuse, che punivano per minime cose *ut bursas suas implerent*, e operavano *con disfatione e impoverimento de li subditi* (3). Il male era comune alle altre regioni e nasceva dalle stesse leggi che per impinguare le insufficienti retribuzioni permettevano che il giudice si prendesse *esculenta et poculenta* per tre giorni (4), e dovè palesarsi come cosa naturale e corrente alla piena luce del sole, al sec. XVII sotto la mala dominazione spagnola, se non si arrossiva a stampare: *iudex non habens iustum salarium a principe potest in eius supplementum accipere aliquid a litigantibus* (5): *vel si detur in recompensationem iuxtae mercedis et laborum ubi iudex de publico nihil habet* (6); e può alterare le

(1) Stat. Lodi, 1538, foglio 3; Trento, sec. XIV, ed GAR, c. 38; Novara, 1573, II, pag. 49; Perugia, ed. DEGLI AZZI, 1916, II, 13; TANCREDI, pag. 91; GRATIAE, 321. Cfr. LAURENTII, *De iudice suspecto*, 1607. Nella *Practica Baldi* il titolo *de officio iudicis* offre occasione ai precetti sulla condotta e competenza del giudice. I doveri dei giudici sono formulati in versi dalla letteratura podestarile: v. *Liber pastoralis*, in MURATORI, IV, 95, e in ORFINUS, *De regimine et sapientia potestatis*, ed. CERRUTI, *Miscellanea di storia italiana*.

(2) Così in Sardegna: TUCCI, *Arch. storico sardo*, 1917, 1924.

(3) MAGRONE, *Libro rosso: privilegi dell'università di Molfetta*, doc. anno 1406, 1473, pag. 56, 61, num. 11 e 35; FARAGLIA, *Il comune nell'Italia merid.*, pag. 81.

(4) NOVARIUS, *Collectanea in Pragm. R. Neap.*, 1612, 139, 140.

(5) MENOCHIUS, *De arbitr. iudic. quaest.*, c. 514.

(6) SANFELICIS, *Decisiones*, 170.

Digitized by Google

tassazioni se pei tempi sono tenui, fino al giusto prezzo (1): può ricevere doni dati *ex mera liberalitate* (2). Queste tesi ebbero l'appoggio dei moralisti (Diana, Lessio, Molina, ecc.) che dissero poter prendere senza scandalo ciò che è dato perchè metta maggior diligenza nella causa, nè peccare se per denaro tratta prima la causa dell'uno che dell'altro, se per denaro preferisce un'opinione probabile e non la più probabile (3). Sia detto però che vi era ancora chi si opponeva a tali giustificazioni « colle quali si mangia la giustizia » (4), non essendo lecito favorire l'amico invocando la varietà delle opinioni. In tal caso si deve giudicare *per medium, more rusticorum*. A Firenze e a Roma era proibito ai giudici prendersi doni: ma Firenze aveva colpito il male rimunerandoli convenientemente (5).

8. In quanto ai doveri dei giudici, ricordiamo le parole di Bertaldo nel suo *Splendor cons. venet.*: esser cortesi *sed minime nimis*, ogni giorno sedere e solo dal *banco* far giustizia (6), non parlare in segreto (7), essere al suo posto nelle ore di udienza (8), non dar consigli (9), finire le cause entro i termini di legge (10), esaurite le prove sentenziare (11). Ottime norme, ripetute a sazietà, e queste ripetizioni fanno credere che non avessero la dovuta osservanza (12).

---

(1) DIANA, *Resolut. morales*, p. IX, tract. 8, res. 8; p. XI, tract. 1, res. 24.

(2) DECIANUS, *Tract. crimin.*, 1590, lib. VIII, c. 34.

(3) MOLINA, *De iustitia*, I, tract. 2, disp. 83; LESSIUS, lib. II, c. 12.

(4) MENOCHIUS, o. c., 513, 342; GRATIANUS, *Discept. forenses*, pag. 348.

(5) A Roma era permesso il cibo per 2 giorni. Lo stipendio di giudice a Firenze nel 1670 era di 733 scudi, oltre l'abitazione e l'uso di una masserizia. Il modenese SCANAROLI, *De visitat. carceratorum*, Roma, 1635, pag. 55, riportata una notizia di una viaggiatore sull'incorruttibilità dei giudici dell'India, conclude: ciò deve essere di esempio e confusione agli italiani.

(6) an. 1607: Decreta et constitutiones Legationis Urbini, 1696; Stat. di Lucca, 1308, IV, 1.

(7) Stat. di Verona, 1582, II, 9.

(8) Stat. di Roma, 1580, I, 57.

(9) Stat. di Parma, 1590, II, 76.

(10) Due mesi: Stat. di Vergate, ed. SELLA, r. 96; tre mesi: Como, ed. SELLA, r. 102; Cadore, 1545, III, 11; sei mesi: Belluno, 1747. II, 25; quaranta giorni: Cremona, 1578, r. 254. Per altri termini vedi Stat. di Bologna, 1515, II, 10, 34; Trento, sec. XIV, ed. GAR, c. 38, 41, 53; Perugia, 1342, ed. AZZI, II, 34; Casalmaggiore, 1717, pag. 146. In Sardegna un mese: Leyes y Pragm., ed. VICO, VIII, 8; in Corsica (Stat., I, 6) entro 9 mesi.

(11) Entro 10 giorni secondo Pragm. nap., de causis decidendis.

(12) Decreta et const. Legati Urbini, 1696, pag. 5-10.

Digitized by Google

In quanto ai diritti vogliamo alludere a quelle facoltà di *arbitrio* che leggi e dottrina riconoscevano ai giudici (1). Giacomo Menochio pavese compose un grosso volume in f. *de arbitrariis iudicum quaestionibus*, esponendo 600 casi nei quali trattazione, sviluppo e decisione della causa erano abbandonati all'arbitrio del giudice (ed. 1610). Spesso gli statuti dicevano: *stetur voluntati iudicis — procedat alte et basse — faciat secundum cor suum — ad suum beneplacitum*: e Menochio riporta statuti di Milano, Verona, Ferrara, ecc., che conferiscono tali facoltà nelle più varie materie: poi la casistica aveva moltiplicati i momenti dell'arbitrio, e l'applicazione delle pene era, per fortuna, spesso lasciata all'arbitrio: il giudice puniva con pena arbitraria. La ragione di ciò stava nella insufficienza delle norme di legge e nelle sue grandi lacune, nell'incertezza del diritto comune e nella moltiplicità delle opinioni dei commentatori, decisionisti, ecc. Ma tale eccesso di facoltà era pericoloso per la giustizia, tanto più che i probabilisti eransi immischiati, e assolvevano *in foro conscientiae* chi seguiva una tesi probabile, abbandonando la più probabile, *pro amico* (2), e anche sostenevano che in materia di fatto potesse il giudice supplire alle parti e all'avvocato e decidere con ragioni che non erano allegate e che dovevano perciò restare *extra mundum* (3).

9. Coll'intensificarsi della vita economica e il conseguente crescer delle liti, i magistrati ebbero bisogno di aiutanti che ebbero nome di *assessores*, *auditores* (4) e, nell'Italia meridionale, di *boni homines* e *sapientes*, nominati dalle università (5), a differenza degli assessori podestarili che erano persone nominate dal podestà e di sua fiducia (6), tanto che Durante dubitava della loro legitti-

---

(1) BERTALDI, *Splendor*, pag. 61: *secundum arbitrium per aliquam presumpcionem procedere*. — Per es. la citazione è necessaria, ma al giudice *data est facultas procedendi parte vocata vel non* in questo e quel caso.

(2) Dottrina di DIANA, *Resol. morales*, p. II, tract. 13, resol. 13; XI, tract. 2, resol. 60, condannata dalla Chiesa.

(3) Così LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. II, c. 29; TUSCHI, *Conclus.*, voce *iudex*.

(4) Giudizi con assessori: an. 1154: FANTUZZI, I, n. 253; an. 1186: MURATORI, IV, 477; an. 1181: MANARESI, n. 16; ASTEGIANO, *Cod. dipl. cremon.*, n. 315, 420.

(5) Consuet. di Bari, *de iudiciis*; FARAGLIA, *Il Comune nell'Italia merid.*, pag. 56-65.

(6) FICKER, III, § 585-587. Disposizioni sugli assessori in Stat. Padova, ed. GLORIA, II, 1; Firenze, 1415, I, 15; Costit. di Siena, 1309, ed. LISINI, I, 9; Parma, 1255, I, 8.

Digitized by Google

mità e voleva che fossero autorizzati dal popolo oppure esercitassero soltanto funzioni di consiglieri. Invece la carica acquistò stabilità e fu uso avere in sottordine ai giudici persone, spesso notai, incaricati di raccogliere le testimonianze, spedire le citazioni, esaminare i libelli se *inepte* o *illicite concepti*, vedere se gli avvocati potevano *postulare*, ecc. (1).

10. Posta la scrittura a base del procedimento, dovendosi raccogliere in iscritto le deposizioni dei testi e scritta dovendo essere la sentenza, il notaio o cancelliere divenne indispensabile e a lui furono affidate importanti attribuzioni. Assieme ai giudici il podestà doveva condurli seco dal di fuori. Più tardi si costituirono collegi di notai, a somiglianza di quelli dei dottori, e fra quelli si sceglievano i cancellieri, detti in Sicilia mastri notari, a Napoli mastridatti, in Toscana attuari. Laddove si introdusse la vendita delle cariche, anche quella di cancelliere fu posta in vendita e divenne ereditaria. Anche i più antichi statuti ponevano delle condizioni per coprire la carica: essere *boni et legales*, essere in grado di scrivere in latino, possedere l'*ars dictandi*, e più tardi si prescrisse conoscenza di leggi, aver studiato le istituzioni civili e criminali e sostenerne gli esami (2).

Nell'Italia meridionale, come anche a Roma, i mastridatti (3) erano i veri istruttori dei processi, raccoglievano le testimonianze, inquisivano, citavano e poi presentavano il fascicolo al giudice che sopra gli *acta et allegata* pronunciava la sentenza. Delle *contrarietates et vacillationes testium* dovevano subito informare il giudice perchè potesse applicare la tortura, il che rientrava nei poteri del *merum imperium*. Ma tante deleghe date ai notai li inducevano a fare mercimonio della giustizia (4). In dispregio della regola: *delegatus non potest delegare*, fu comune l'uso delle *commissiones* da parte

(1) DURANTIS, I, de assessore. Practica Baldi, pag. 8. Diverso dall'assessore dei tribunali lombardi e toscani è l'*assessor contraddictarum* di Roma per citare i contumaci, ufficio un tempo onorifico ma al XVII sec. decaduto: vi era l'*auditor camerae* con giurisdizione nelle obbligazioni camerali, nelle cause *via recursus*, ecc. Bolle di Giulio II, di Pio V, 1570, di Gregorio XIII, 1578, in VESTRIUS, *Practica*, lib. II, c. 5.

(2) Stat. di Bologna, 1515, foglio 103.

(3) SCACCIA, vol. II, c. 8, n. 703; c. 9, n. 662, 682. Così anche a Benevento, ove i testi erano uditi dai soli notai di Curia, se il valore della causa era piccolo: LONARDO, *Stat. di Benev. del sec. XIV*, 1902, pag. 37.

(4) Lo dice il GALANTE, *Testamento forense*, 1790 pag. 201.

Digitized by Google

dei giudici anche fuori della loro giurisdizione (1) e la consegna di *literae remissoriales* a estranei al tribunale, e tale pratica fu ammessa dalla dottrina (2). Il rito napoletano largheggiava in queste *remissiones* per interrogare testi anche nelle cause criminali e qualunque notaio poteva riceverne l'incarico, che solo doveva essere scritto (3). La pratica veniva dal diritto canonico e dai tribunali ecclesiastici (4), e poi si era estesa, per la larghezza dei poteri assegnati ai giudici specialmente nei procedimenti penali.

11. La legislazione municipale abbonda di norme intorno ai *nuntii, apparitores, cursores*, chiamati ad eseguire gli ordini dei giudici. Le loro funzioni sono circondate da molte cautele: per es. non entrar nelle case senza mandato del giudice (5); essere pronti ad ogni richiesta e perciò aver abitazione entro le mura delle città (6). A loro spettava intimare gli atti, i *monitoria*, le *literae compulsoriales*, le ordinanze dei magistrati, le *ambaxiatae* delle autorità (7), procedere ai pignoramenti e ai vari atti esecutivi, incarcerare i debitori. Le loro dichiarazioni facevano fede: ma gli atti dovevano essere accompagnati da qualche solennità (8): e allora potevano anche entrare nella casa del citando, senza rendersi colpevoli di violazione del domicilio, come si vedrà a proposito della citazione e più ancora del procedimento esecutivo. Distinguevansi anche pel vestito, portando per es. a Pistoia nel secolo XIII *infulam comunis in capite*, e a Bologna *infulam vermiglam ad caput vel ad collum ita quod publice videatur*; e sempre dovevano aver seco il *librum cum evangelis* per poi ricevere i giuramenti (9), e altrove portavano *caputium vel biretam de rubeo cum signis clavium* (10).

---

(1) PAETUS L., *Practica fori capitolini*, Roma, 1610, lib. I, c. 3; SCACCIA, II, c. 8, 59.

(2) VESTRIUS, *Practica*, lib. VI, c. 11; SEVEROLUS, *De remissionibus litigatorum*, 1587, e nel *Tract. univ. iuris*, III, 1, 378; V. DE BOCCATIIS, *De literis remissorialibus*, c. 2, id.; MANDOSIUS, *Praxis et theoria commissionum*: *De monitoriis*, 1585.

(3) *Ritus M. Curiae*, 87, 141; Stat. Romae, 1580, I, c. 53, 76; Ravenna, 1590, II, 5; Belluno, 1747, II, 23, 24.

(4) DURANTIS, II de remissione.

(5) Stat. Pistoia, 1296, ed. ZDEK., I, 40 segg.

(6) Id., I, 41.

(7) MANDOSIUS, *De monitoriis*, cit., qu. 47; SCACCIA, lib. II, c. XI.

(8) *Nuncio iudicis credendum est.* DURANTIS, II, de citat., § 4, 8.

(9) Stat. Pistoia, 1296, ed. ZDEK., I, 40, 41; II, 117; IV, 80; Bologna, 1253, ed. FRATI, II, 1.

(10) Stat. Novara, 1281, r. 169.

Digitized by Google

12. All'epoca comunale le curie ebbero sedi stabili, *in palacio comunis*, in una *domus* a ciò destinata (1). Era passato il tempo in cui le assise giudiziarie si tenevano in mezzo alle piazze o ai campi, sotto un albero: se ciò avviene qualche volta, è un'eccezione. Forse all'Italia non fu diretto l'ordine di Carlo M. di apprestare ai giudici *tale tectum quod in hiberno et in aestate ad placitos usus esse possit* (2), le nostre città avendo qualche edificio pubblico per questo scopo, o anche ricorrendo alle chiese malgrado i divieti conciliari (3). Il *banchum iustitiae* dei Comuni aveva il suo luogo fisso, designato da speciali emblemi, come si è detto (4), e le porte sue dovevano stare aperte *ut quilibet possit ire et dicere suum ius* (5), e giudizio e sentenza si svolgevano alla presenza di tutti « a terror dei rei, ad esempio d'altri e soddisfatione dei buoni che conoscano la retta giustitia che si fa indifferentemente a tutti » (6). Nè in altro luogo, fuorchè nel palazzo del Comune, poteva farsi giustizia « e le cause civili come criminali che occorreranno trattarsi inanti lui al sollito tribunale, lo debbono nel presente palazzo comune et non altrove sotto pena di spergiuro et di nullità... » (7).

Napoli ebbe sempre la sua curia, come sede dei giudici. Negli Stati dei duchi di Savoia spesso si invadevano le chiese, e ciò ancora al tempo di Amedeo VIII, 1434, che vietò turbare i riti sacri con riunioni di popolo presiedute dai giudici: ma ancor per tutto il sec. XV i tribunali mancavano di sedi proprie (8). A Firenze, Venezia e in tante altre città di Lombardia e Toscana i tribunali avevano sede nel palazzo comunale o in quello della Ragione.

---

(1) an. 1182: *domus ubi placita fiunt*; FICKER, IV, n. 52.

(2) Cap. aquisgr., 809, c. 13.

(3) C. 5, X, de immun., III, 49. Anche un Cap. carol., 898, c. II, aveva vietato tener placito in *domibus ecclesiarum*. Uno dei privilegi dell'immunità stava nell'opporsi ai conti che volessero entrare nei territori delle chiese a tenervi le loro riunioni giudiziarie, con grande danno di coloro che li ospitavano: su ciò vedi parte I, c. 4 e SALVIOLI, *Storia delle immunità, delle giustizie e signorie in Italia*, 2ª ed., 1917.

(4) Curia del disco dell'orso, dell'aquila, ecc.: Stat. di Bologna, 1737, pag. 370, e di questa storia a parte II c. 1.

(5) Stat. di Pistoia, 1296, ed. ZDEKAUER, II, 1: *teneatur iudex recipere et cognoscere omnes et singulas accusationes et denunciationes.*

(6) Legge veneta, 21 sett. 1624.

(7) Giuramento cit. del Podestà di Biella.

(8) Stat. di Amedeo VIII, 1423, ed. BURAGGI, 1904, c. 21.

Digitized by Google

13. I giudici dovevano sedere tutti i giorni, da mane a sera, e anche due volte al giorno (1). Questa era pratica antica italiana (2). In Piemonte e nel Trentino perduravano le usanze carolingie di tenere riunioni giudiziarie due volte all'anno, in giro nei singoli villaggi: usanza anche di Sardegna, ove si tenevano ogni anno quattro riunioni, dette *corone solenni* (3). Anche le Corti sicule ordinavano ai baiuli ed ai giudici di essere a disposizione del pubblico *a mane usque ad vesperas praeter necessarias horas comestionis et somni* (4). Negli statuti sono stabiliti il tempo delle udienze e i giorni di silenzio non che le ferie, ed è ordinato che l'apertura del tribunale sia indicata col suono della campana (5).

Le molte feste religiose riducevano di assai i *dies iuridici in quibus potestas sederit* (6), i giorni in cui era tenuta la *locatio placitorum*, come dicevasi a Verona (7). Oltre tutte le domeniche, vi erano circa un centinaio di feste che molti statuti elencano (8); si aggiungano le feste solenni pubbliche, le repentine, *quas solum princeps ob publicam gratulationem inducit*, le ferie *propter consilium* (9), infine le rustiche, le estive, pei raccolti e la vendemmia (10): poi il venerdì non era *dies iuridica* (11). Invece nei tribunali della Rota romana si amministrava giustizia solo il lunedì, mercoledì, venerdì (12), e fin dal secolo XVI pubblicavasi a Roma il calendario delle curie. A Napoli nel 1555 all'invito di moderare le feste se ne

---

(1) Stat. di Biella, V, 98 ed. SELLA, vol. I, pag. 102: *quolibet tempore et omni die ab ortu solis usque ad occasum*; e a Reggio (Stat. di Reggio, 1582, I, 9) due volte al giorno.

(2) Liutpr., 25, 27.

(3) BESTA, *Sardegna feudale*, vol. II; TUCCI, *Ordin. giud. sardo*, 1923.

(4) Const. regni Siciliae, I, 75; Stat. di Novara, 1573, I, pag. 101.

(5) Stat. di Perugia, ed. AZZI, II, 5; Cesena, 1589, I, 32; Forlì, 1615, II, 3.

(6) Stat. di Bologna, 1515, foglio 2; Piacenza, 1336, II, 3.

(7) Stat. di Verona, 1717, II, c. 3, 4, 6.

(8) Stat. di Padova, sec. XII, ed. GLORIA, II, 10; Milano, 1588, I, f. 25; Trento, sec. XIV, ed. GAR, c. 40; Benevento, 1717, II, 31; Savona, 1795, c. 20, pag. 284; Ravenna, 1590, II, 6; Roma, 1580, I, 58.

(9) Stat. di Pesaro, 1531, II, 16.

(10) Stat. Modena, 1327, III, 1; Parma, 1255, pag. 189; 1266, pag. 198; Pesaro, II, 15. A Benevento le ferie delle messi duravano dal 24 giugno al 22 agosto: poi vi erano quelle della vendemmia; LONARDO, *Stat. di Benevento del sec. XV*, 1902, pag. 37. E così nel Napoletano.

(11) Constit. egidiane, VI, 20, 23.

(12) VESTRIUS, *Practica capit.*, c. 3.

Digitized by Google

aggiunsero « per caritativo e buon zelo » altre 48 più 6 per carnevale: nel 1778 si dispose che restassero chiusi i tribunali per tutto ottobre e metà di novembre: e solo nel 1779 si soppressero sette feste (1). Si può dire che appena 120 giorni restavano per la trattazione delle cause, insufficienti per la proverbiale litigiosità italiana, e contrastanti agli ordini ai giudici di risolvere presto le liti. È noto come tante feste danneggiassero le classi lavoratrici e quanto si adoperò L. A. Muratori perchè fossero ridotte.

Anche nei giorni di vacanza potevasi però procedere in materia di tutele, alimenti, mercedi, prescrizioni, cause di forestieri, di carcerati, denunzia di nuova opera, mercedi, vertenze marittime, interdetti, sequestri, nonchè « promuovere sentenze definitive e interlocutorie in quelle cause i cui processi sono prossimi a sentenza » (2).

Le curie mercantili non osservavano le ferie delle messi e della vendemmia (3), oppure in queste come in altre ferie di guerra o carestia permettevano gli atti esecutivi non il prosieguo dei processi o invece di due volte la settimana si riunivano una volta (4).

I maggiori tribunali ebbero ferie speciali; la Rota romana le ferie rotali che duravano pei tre mesi di estate (5). Però durante queste ferie potevasi procedere per gli strumenti *in forma camerae* o guarentigiati (6), nelle cause a rito sommario, in quelle di locazione di case, di pagamenti di salari, nelle matrimoniali e usurarie, di spoglio, di annona. In quanto alle ferie per le messi si discuteva sul loro inizio dipendendo dalla maturità delle biade, e avevano la durata di tre mesi (7). Meno osservate erano le ferie nelle cause criminali ed ereticali: contro i grandi delinquenti e quelli trovati in flagranza procedevasi immantinenti: solo l'esecuzione delle sentenze capitali non facevasi nei giorni di festività religiosa (8). Per le Costit. della Marca di Ancona erano pu-

(1) Pragm. napol. de feriis.

(2) Stat. di Fiume, II, 2.

(3) Breve pisan. Com., 1206, I, 33; 1313, I, 37; Stat. del popolo di Firenze, 1415, II, 93; Lucca, 1539, I, 12; Ferrara, 1566, VII, 2; Breve di Gregorio, XIII, 1577.

(4) Così a Bergamo. E per la riunione settimanale il cit. Breve di Pisa.

(5) VESTRIUS, *Practica*, lib. III, c. 5.

(6) Statuti di Roma, 1580, IV, c. 28.

(7) DURANTIS, l. cit.; SCACCIA, II, c. 5, n. 184 segg.

(8) CLARUS, lib. V, qu. 97.

Digitized by Google

niti i procuratori legali che intimavano atti giudiziari durante le ferie religiose (1). Gli atti compiuti in tempi vietati erano nulli: e vi erano anche pene corporali contro gli avvocati e le parti (2): ma le parti potevano rinunciare alle ferie repentine e a quelle *ad honorem hominum* o delle messi. E la dottrina ad ogni regola aveva fatto seguire le solite ampliazioni e limitazioni, cosicchè anche le ferie *ad honorem Dei* finivano per divenire *dies iuridici*, dicendo che quando non si esercita giurisdizione contenziosa, si può procedere anche in quei giorni (3). Il giudice poteva accordare l'esecuzione *feriis non obstantibus*; alla quale, viceversa, insegnavano i dottori, potevasi impunemente resistere, perchè le feste e il rispetto di esse costituiscono un diritto insopprimibile dell'uomo, che il sovrano e tanto meno il giudice possono alterare (4). Così dunque osservavansi le ferie *solenni* ordinate dalla Chiesa e le *tempestive* ordinate per sollievo degli uomini e per la raccolta delle messi, oltrechè le *repentine* stabilite a piacere dai principi nei loro territori (5); e solo durante queste potevano i giudici disporre per provvedimenti di urgenza chiesti dagli avvocati « dei quali erano laide le dispute, ponendosi essi nel rango di ogni altro vile artiere, miseramente ignorando il principale obbietto per cui furono le feste istituite dalla Chiesa » (6). Quindi può dirsi essere stata pratica definitiva che alle ferie *ad honorem hominum* potessero le parti rinunciare, non alle religiose (7).

Nell'ordine delle cause dovevano avere la precedenza quelle delle persone miserabili, vedove, orfani, poveri: ma per le Costit. sicule precedevano anche su queste le cause delle chiese e del fisco, e con Pramm. del 1555 cause privilegiate furono dette quelle delle persone carcerate. Anche a Venezia e in Piemonte le cause fiscali avevano la precedenza su tutte.

---

(1) Costit. egidiane, lib. III, r. 6; SCACCIA, II, c. 5, n. 124.

(2) Bolla di Pio V, an. 1566.

(3) SCACCIA (vol. II, lib. II, c. 5) consacra i §§ da 38 a 111 per elencare casi in cui si possono fare atti giudiziari nei giorni di feste religiose.

(4) Vedi i commenti di COSTANZO e di NOVARIO a queste Prammatiche.

(5) Questa distinzione è fatta dallo scrittore napoletano CESARE CALÀ, *De feriis solemnibus, repentinis et indictis*, Napoli, 1628; ne parlano anche THESAURUS, *Decisiones*, 29 e 95, e SCACCIA, *De iudicis*, lib. II, c. 5.

(6) GRIMALDI, *Storia delle leggi e magistr. del regno di Napoli*, lib. XXXI, n. 436, vol. VIII, pag. 317.

(7) MARANTA, loco cit.

Digitized by Google

14. Il giudice esercitava largamente nelle città italiane la giurisdizione volontaria, della quale anche nell'epoca barbarica si era sentita la necessità, quando il re nominava i tutori e vigilava a vari interessi familiari. Più notevole fu in seguito l'intervento del magistrato per la conservazione dei patrimoni e in altre materie non per riparare a un torto ma per prevenirlo nel momento stesso della costituzione del diritto. Gli statuti ricordano tale intervento (1), che i giuristi designano col nome di *cognitio informatoria* in opposizione alla *legitima* e di *auctoritas* o *commissio* in opposizione a *decretum* (2), esercitata o dal magistrato ordinario o da *savi, razionali dei pupilli*: così per es. la *confirmatio tutorum* spettava ai Consoli e poi ai giudici al civile che procedevano di accordo col consiglio dei parenti e dei vicini, sindacavano il tutore, il curatore. Tale giurisdizione, dice Baldo, è varia e vasta, non *habet locum determinatum in suo exercitio* ed estende il suo effetto *ratione personae* alle cose poste fuori del territorio del giudice; e ogni giudice adito è competente (3). Le decisioni della Rota romana in questa materia erano molto accreditate, specialmente perchè estendevano le facoltà del giudice, che poi nelle Costit. piemont. ed estensi del sec. XVIII come nelle Pramm. napol. furono bene precisate in materia di tutela, autorizzazione maritale, ecc.: e le leggi moderne poco aggiunsero alle precedenti.

§ 2. *L'arbitrato.*

15. Accanto alla giurisdizione pubblica ebbe nel passato grande importanza l'arbitrato, che era volontario o necessario, cioè scelto dalle parti o imposto dalle leggi. In queste e nella dottrina ven-

(1) Costit. di Siena, 1188 e 1262; Stat. di Modena, 1327, II, 35; Ravenna, II, 24; Brescello, II, 16; Pola, ed. BENUSSI, I, 37, 38, al minorenne di 18 anni *non habenti tutorem provideatur per regimen si requisitio facta fuerit regimini.*

(2) JACOBUS DE ARENA, *De praeceptis iudicum*, in *Tract. u. iur.*, III, 2; MANTUA, *De pupillis*, id., VIII; TUSCHUS, *Conclus.*, v. Cognitio e Iurisd.; ROBERTI, *Tutela dei minorenni*, 1905, II, 65 e segg.

(3) l. emancipati, Dig. de adopt.; l. magis puto, Dig. de rebus eorum; l. 1, Cod. de iure aureor. anul., vol. I, pag. 42; III, 43; VII, 26. E sulla *commissio* (*tutores dare non est iurisdictionis sed commissionis factae per legem*), l. cognitio, Dig. de officio iudic., vol. I, 71.

Digitized by Google

gono considerati l'*arbiter* e l'*arbitrator* in modo distinto, il che non aveva riscontro nel diritto romano che usava la parola arbitro in tutti i casi. Arbitro era quegli in cui le parti compromettevano le loro differenze, onde decida a termini di diritto, procedendosi davanti a lui nell'istruzione della causa coll'ordine e colle forme di un legale giudizio: arbitratore l'eletto dalle parti affinchè senza ordine e formalità di processo termini amichevolmente *ex bono et aequo* la contesa. La dottrina vi trovò altre differenze, e l'uno pose in antitesi all'altro, dicendo che l'*arbitrium fit sine poena cum pignoribus vel iuramento vallatum*, e il *compromissum fit cum poena*, che l'*arbiter* conosce per elezione delle parti e colla nomina di un terzo, l'*arbitrator* deve ottenere un accordo amichevole (1), che questi non può conoscere *de iure et de facto* (2). Ma differenza più importante doveva consistere nella facoltà di appellare dall'arbitratore, mentre il lodo dell'arbitro doveva essere inappellabile (3); il che poi non fu osservato. A minori formalità era tenuto l'arbitratore che, per es., poteva decidere anche nei giorni festivi (4). In ultimo non cadeva in penalità chi non rispettava il suo lodo che *est quaedam transactio* (5).

16. Il compromesso con arbitri ebbe in Italia dignità di vero giudizio, e correva l'aforisma: *tantum compromissum quantum iudicatum*. Dunque innovazione sulle regole romane le quali ponevano l'arbitrato su base puramente contrattuale, il che si spiega pensando come tutta la procedura romana classica fosse ispirata a una concezione privatistica. La decisione dell'arbitro non era un giudicato ma una semplice opinione che le parti compromittenti erano libere di non seguire. Era accordata soltanto un'azione pel conseguimento della pena convenuta nel compromesso da pagarsi da chi contravveniva alle decisioni dell'arbitro; così che pagando la pena si sottraeva all'osservanza della sentenza arbitrale. Anche dopo Giustiniano si accordava un'*actio in factum*, quando il lodo era sottoscritto dalle parti, *laudum*

(1) TANCREDUS, I, tit. 3; BULGARUS, *De iudiciis*, § 1 e 2; DURANTIS, I, de arbitr.; BALDUS, l. sed si ita, Dig. de recept. arbitr., vol. I, pag. 258.

(2) BARTOLUS, l. diem proferre, Dig. de arbitr., vol. I, pag. 147; l. societatem, Dig. pro socio, vol. II, 109; BALDUS, id., II, pag. 106.

(3) Id., l. societatem citata; l. 1, Dig. de legatis, vol. IV, pag. 27.

(4) Id., l. si feriatis, Dig. de arbitris, vol. I, pag. 148.

(5) Id., l. licet, Dig. de pecun., vol. II, pag. 92; BALDUS, l. liberorum, Dig. de his qui nota infam., vol. I, pag. 169.

Digitized by Google

homologatum, cioè espressamente riconosciuto. Invece in Italia l'arbitrato entrò a gonfie vele nel diritto pubblico, per quanto fosse emanazione di volontà privata. Era opera di privati senza giurisdizione; ma dottrina e pratica riconobbero al lodo gli effetti di sentenza, come al compromesso quelli di giudizio.

Vi furono delle incertezze da parte dei Glossatori pei quali il lodo lungi dall'avere il carattere di sentenza, niente altro rappresentava che l'esecuzione di un contratto (Bulgaro) e anche i commentatori del sec. XIV dicevano che l'arbitro non aveva *iurisdictio* ma solo *notio* (Baldo), cioè il potere di dichiarare il diritto non quello di realizzarlo; ma quando le leggi prescrissero gli arbitramenti obbligatori cioè con carattere giurisdizionale, anche i volontari parteciparono alla stessa natura. Il giudice chiamato da una parte per l'esecuzione del lodo, l'accordava senza riesame della causa; e così faceva anche nel caso di arbitramenti volontari, aggiungendovi la pena convenuta se si trattava di *compromissum poenatum*. Questa trasformazione è già consacrata nelle leggi del sec. XVI (Stat. di Lodi, Reggio) e nella dottrina posteriore presso cui prevalse il carattere pubblico della sentenza arbitrale.

I proceduristi antichi si occupano di preferenza dell'arbitrato volontario, *ex consensu partium*, mentre quelli del sec. XVI trattano più largamente quello coattivo, cioè *iuris*, imposto dalle leggi. In quanto al primo qualunque controversia poteva essere sottoposta ad arbitri, salvo le cause matrimoniali, contro il fisco, sullo stato delle persone e le feudali, non potendo il feudatario disporre del feudo. Una legge genovese del 1404 estendeva il divieto ai testamenti, compere del Banco di S. Giorgio, giuramenti, nullità di atti e sentenze, lite pendente (1). In qualche statuto si autorizzava ogni litigante a dichiarare se preferiva la decisione di arbitri; in tal caso anche l'altra parte non poteva rifiutarsi, salvo che si trattasse di causa di esecuzione privata, strumenti notarili, guarentigiati, camerali, e in ogni altra causa in cui fosse certo il diritto dell'attore (2).

La legislazione favoriva la giurisdizione arbitrale: le autorità dovevano cercare le bonarie transazioni (3), consigliare la *reductio*

(1) Leges ianuenses, ed. De Simoni e Belgrano, pag. 813.

(2) Stat. Reggio, 1582, II, 53; Lodi, 1538, fogl. 23.

(3) Stat. Piacenza, 1336, II, 38, ed. 1860; Liber potheris del Com. Brescia, an. 1282, pag. 211.

Digitized by Google

ad bonum virum (1): si doveva mantenere la concordia e scemare le cagioni che alimentano le fazioni: si può dire essere eccezione lo statuto di Bologna che non ammetteva compromessi nè arbitrati per le cause di valore superiore a cento lire (2). Il compromesso fu molto usato in Italia, e più dei giudici furono stimati gli arbitri. Una legge veneta del 1578 ricorda che « non era parte alcuna particolare del mondo alla quale con molto honor della Republica nostra non pervenisse la fama delli compromessi fatti more Veneto » e lamenta come da quel passato onorando gli arbitri siano deviati perchè « a questi tempi non è cosa che si voglia fare iniusta che quella non sia fatta per mezzo di sentenza arbitraria » (3).

17. In quanto all'arbitrato necessario non vi è statuto che non lo imponesse fra parenti: marito e moglie, padre e figli, agnati e cognati fino al quarto grado di computazione canonica dovevano comporre le loro liti per mezzo di comuni amici (4) o di arbitri *de cognomine et familia partium* (5): era obbligo dell'autorità provvedere alla nomina degli arbitri se questi parenti non li sceglievano (6). A Rovereto prima erano invitati i litiganti *eligere duo comunales amicos qui sine strepitu cognoscant de facto et de iure*, e in caso di rifiuto li nominava il giudice (7). Un decreto dei duchi di Savoia per la comunità di Biella del 1419 diceva: *inter parentes vel affines vicinos aut magnates ad simplicem requisitionem cuiuslibet amici vel vicini teneatur potestas seu iudices... per arrestationem personarum compellere ad compromittendum in unum et plures arbitros arbitratores et comunes amicos* (8). A Venezia le

(1) Stat. di Pesaro, 1531, I, 3; Milano, 1588, I, fogl. 128; Savona, 1595, pag. 81; Cesena, 1589, I, fogl. 90; Bologna, 1515, II, 62.

(2) Stat. Bologna, ed. SACCO, 1737, II, 141.

(3) Stat. venet. (ed. 1606, aggiunta di nove leggi civili), pag. 12.

(4) Stat. di Lucca, 1534, I, 146-153; Cesena, 1589, I, foglio 56; Forlì, 1615, II, 45; Parma, 1590, II, pag. 70; Ravenna, 1590, IV, 4.

(5) Stat. di Pistoia, ed. ZDEK., II, 7: in questione fra genitori, figli, fratelli, nipoti, *vel consortes domorum qui sint de eadem stirpe*, il giudice sia tenuto *compellere ad eligendum arbitros consanguineitate atque partis coniunctos*, che definiscano entro tre mesi senza appello. Stat. di Genova, 1673, II, 11.

(6) Stat. di Novara, 1573, VI, 208, 217; Verona, 1582, II, 122; Trento, sec. XII, ed. GAR, 1882, c. 6; Feltre, 1749, III, 40; Firenze, an. 1415, II, 66.

(7) Stat. di Rovereto, 1425-1610, ed. GAR, 1859, pag. 67.

(8) Stat. di Biella, ed. SELLA, II, pag. 56.

Digitized by Google

cause fra parenti non potevano portarsi davanti al giudice se prima per tre volte gli arbitri non avessero sentenziato (1). Anche per Prammatiche napoletane, sicule e sarde e fino al secolo XVIII dovevansi sottoporre ad arbitrato le cause fra parenti, affini e cognati fino al terzo o quarto grado di computazione civile, e a Lucca fino al quarto di computazione canonica (2).

Ad arbitri dovevano deferirsi le cause fra maestri e garzoni, artigiani e operai, fra condomini, fra soci, *inter vicinos eiusdem contratae*, fra comuni, fra comuni e privati, fra poveri, fra poveri e ricchi, fra ignoranti di legge e notai (3).

Si deve al diritto canonico il principio della obbligatorietà in questi casi, e anzi i canonisti insegnavano potere il papa (e quindi anche l'imperatore) costringere chiunque a compromettere (4).

Si era formata una dottrina per la quale il giudice quando temeva scandali e la lite era lunga e dubbia poteva costringere le parti al compromesso (5): nel che devesi riscontrare la stessa imposizione dell'autorità *de pace facienda* o *de tregua* (6). Le controversie maggiori si dirigevano al compromesso obbligatorio che sconvolgeva parte del diritto, in quanto anche in esso gli arbitri dovevano risolvere *pro bono et aequo* contro i documenti, il giuramento già prestato, i testamenti, e contro i privilegi delle persone sottratte ai loro fori speciali (cioè i chierici, i figli legittimati, i minori).

Negli statuti più antichi e nei posteriori si fa obbligo di com-

---

(1) Stat. civilia Venet., an. 1475, pag. 162; ed. 1606, an. 1555, c. 12, pag. 198.

(2) Pragm. 1 odia quae inter coniunctos, de arbitris, an. 1477, III, 5; Cap. Caroli V, 1525; Const. Regni Siciliae, I, 83; MARANTA, p. VI verbum, compromissum, pag. 381; Leyes et pragm. reales de Sardena, c. V, 8.

(3) Stat. di Roma, I, 100; Firenze, II, 66. Altre regole statutarie riferisce ANT. BLANCUS, *Tract. de compromissis*, in *Tract. univ. iuris*, III, p. I, pag. 138; CACCIALUPUS, *De transact.*, id., VI, p. I, pag. 30, le quali essendo dettate *in odium litium* devono essere rispettate.

(4) INNOCENTIUS IV, in *Decretalia*, de elect. I, 6; A. DE BUTRIO, in c. 1 X de mutua petit., II, 4.

(5) Cominciò BALDO (in l. 1, § quamvis, *Dig.* ubi pupilli educari debeant, V, 49); poi seguito dal canonista ANTONIO DE BUTRIO, *Comment. super Decretalia* (Venet., 1578), c. 1, X, de mutuis petition., II, 4, n. 25. E così LANFRANCO DE ORIANO, *Practica papiensis*: de arbitr. divis., 7, qu. 45, n. 92, pag. 222.

(6) VELPELLIUS e MORONIUS, nei *Tract. univ. iuris*, XI, p. I, f. 515. Però SCACCIA, lib. II, c. 2, n. 16 dice: *non vidi hoc usu receptum*.

Digitized by Google

porre le discordie causate da delitti: volevasi eliminare i motivi delle vendette: si sedeva l'arbitro fra i contendenti e la sua decisione era esecutiva: ma già gli antichi proceduristi sostengono che l'arbitrato non deve invadere la giurisdizione penale (1). Arbitri poi erano sempre il papa e l'imperatore, riguardati come fonti del diritto e potendo variare le giurisdizioni a loro libito. E a Napoli tanta era l'autorità che si attribuiva al S. R. Consiglio come rappresentante la potestà regia, da indurre alcuni a dire che anche esso poteva rinviare le parti ad arbitri (2).

L'arbitrato obbligatorio fra parenti fu consacrato dalle leggi estensi di Francesco III del 1771: un congiunto attore o convenuto poteva implorare il compromesso forzoso e coattivo nelle controversie fra ascendenti e discendenti, tra fratelli e sorelle, tra zii e nipoti, tra suocero e nuora, tra padrigno e figliastro, fra marito e moglie, tra la vedova di un fratello coi fratelli del defunto marito (lib. I, 13). Tali disposizioni trovansi ancora in leggi posteriori, come pel regno di Sardegna nel codice di Carlo Felice (art. 1665): « nascendo controversia o lite fra ascendenti e discendenti o fra fratelli e cugini germani o zio e nipote potrà l'uno obbligare l'altro a compromettere e a far decidere per mezzo di arbitri ». Questi compromessi necessari dovevano essere trattati nei modi prescritti per le cause sommarie ed essere definiti entro breve termine.

Da notarsi è un bando bolognese 24 dic. 1574 che istituiva il tentativo obbligatorio di conciliazione avanti a magistrato speciale o avanti al giudice competente dopo la chiamata in causa. Dall'epoca dei Comuni la funzione dei giudici *treguani* o pacieri era di comporre le liti, se richiesti, o di autorizzare una parte a chiamare l'altra allo scopo stesso avanti a questo giudice, e anche di risolvere le liti minime; e per queste era il giudice competente, magistrato a cui collegasi il *conciliatore* delle leggi posteriori. Negli altri casi era l'*amicabilis compositor* di cui parla Baldo (L. idemque, Dig. mandati, vol. II, pag. 108).

18. Gli statuti dettano le norme per la scelta degli arbitri: le parti in contesa ne facevano la nomina, oppure, come a Genova (3),

---

(1) TANCREDI, I, 2, § 3; GRATIAE, III, 2. Giuramento del podestà di Biella nel 1586 (Stat. di Biella, vol. II, pag 232): « procurerà a tutto suo potere di componer et ridurre le discordie et liti ».

(2) DE AFFLICTIS, *Decis. s. r. Consilii*, 149, n. 6.

(3) Leges ianuenses, ed. DE SIMONI e BELGRANO, pag. 800.

Digitized by Google

si presentavano quindici nomi e si sorteggiavano due nomi fra gli iscritti a un collegio di 250 *boni viri de tabula*, metà nobili e metà popolani. Fra questi sorteggiavansi anche gli arbitri per le cause inferiori a 100 lire. A corti arbitrali permanenti allude una legge di Federico II, ma di esse ignorasi il funzionamento (1).

Gli arbitri nominati dalle parti dovevano scegliere il terzo (2). Su questo punto il diritto veneto, che diede molta importanza all'arbitrato, ammise la validità del lodo, anche pronunciato da due che « essendo concordi possan zudegare »: e se uno di essi si ritirava, quello che restava poteva « assumere il terzo e con esso zudegare » (3). Se i due arbitri non si accordavano per la nomina del terzo, vi provvedeva il giudice di ufficio (4), e Durante diceva che il vescovo poteva anche minacciarli di scomunica (5).

Quasi tutte le leggi stabilivano agli arbitri termini brevi per la pronuncia del lodo, e brevissimi (6) entro cui discutere prove e allegazioni: a Roma (I, 100) si doveva espletare tutto in un mese: 15 giorni a provare, 5 alle controprove, 10 per la sentenza: a Napoli in tre mesi: se entro i termini non era esaurito tutto, potevasi rinnovare il compromesso per tre volte.

Nell'arbitrato volontario l'arbitro non poteva chiedere ai contendenti cauzione *de lite proseguenda* e delle spese, nelle quali poteva condannarli (7). La pronuncia di lodo doveva avvenire presenti le parti e di giorno (8). All'arbitro si riconosceva il diritto di correggere e riformare il lodo (9). Questo poi era presentato al giudice perchè lo rendesse esecutivo: lo dice espressamente

---

(1) Const. regni Sic., I, 79.

(2) Nel cit. decreto per Biella del 1419: *elegi non possunt ultra arbitri duo pro qualibet parte et unus de medio*. Stat. Bologna, 1515, II, 94.

(3) Statutor. venetor., an. 1437, c. 35 (ed. 1606, pag. 166).

(4) DURANTIS, I, de arbitrio; MARANTA, VI, v. *compromissum*.

(5) Id., I, de recusat., § 5, n. 13.

(6) Stat. di Lucca, 1308, IV, 57: de arbitris cogendis procedere in causis entro 15 giorni. A Napoli entro 3 mesi, in Corsica, c. 9, entro 6 mesi. Due mesi per gli Stat. di Biella, II, 56; Reggio, 1582, II, 58; Lodi, 1538, fogl. 23.

(7) BALDUS, de episc. et clericis, vol. V, pag. 46. Su queste e altre discussioni v. BARTOLUS, *Dig. de receptis qui arbitr.*, IV, 8; BALDUS, *Cod. de iudiciis*, III, 1; MARANTA, p. VI, n. 273 e segg. pag. 522.

(8) Stat. Venet., an. 1578 (aggiunta pag. 12).

(9) Lo Stat. venet., pag. 160, disponeva che « l'error de l'arbitrio tolto in parte dalla sententia non revoca quella in tutto » ma solo nella parte errata.

Digitized by Google

Maranta: *sententia arbitri non potest executioni mandari per ipsum arbitrum sed per iudicem ordinarium* (1). Fa dunque eccezione la Sicilia dove pel Rito alfonsino 179 le sentenze degli arbitri erano per se stesse eseguibili. In conseguenza nemmeno il precetto del giudice è di origine francese (2).

Anche questa istituzione su cui i legislatori avevano fatto assegnamento, non sfuggì alla corruttela dei tempi: si dubitò della buona fede e dell'onestà degli arbitri e si cercò rimedio nell'obbligarli a giurare alla presenza del giudice di aver ascoltato le parti, vedute le dimande, le risposte e le scritture.

19. Tali le leggi dall'epoca dei Comuni al sec: XVIII tutte favorevoli ad allargare l'arbitrato e ad imporlo anche: intendimenti che furono appoggiati dalla dottrina e dalla pratica giudiziaria, le quali però con altre pericolose innovazioni riescirono a renderlo in molti casi illusorio. Ricordando come spetti alla dottrina italiana l'avere equiparato l'arbitrato volontario e obbligatorio per gli effetti al giudizio pubblico, solo spogliandolo nel contempo delle superflue formalità, va notato come essa trasse dal principio di eguaglianza le conseguenze logiche incompatibili coi concetti privatistici del diritto romano. Questo, per es., ammetteva che una parte durante la litispendenza davanti l'arbitro potesse trasportare la lite al tribunale pubblico (l. 30 Cod. de recept. arb.) salvo che avessero i compromittenti giurato di stare alla decisione dell'arbitro: disposizione corretta da Giustiniano (*Nov.*, 182, c. 11) che istruito dalla esperienza sulla inefficacia del giuramento, tollerò che, pagata la pena convenuta, fosse lecito non attendere la sentenza arbitrale e rivolgersi al tribunale ordinario. La dottrina italiana invece stabilì che, scelta la via dell'arbitrato, non fosse possibile adire al tribunale. Inoltre fu larga nell'ammettere il reclamo non ostante qualunque divieto e pena stabiliti nel compromesso, quando il lodo contenga manifesta ingiustizia o cagioni enormissima lesione (3). Disputavasi solo se la pena dovesse pa-

(1) P. VI et post omnia, pag. 545. Ma era dottrina comune: v. BARTOLUS, l. 39, Dig., de recept. arb., IV, 8; e DURANTIS, I, de arbitr., § differt v. item exequitur; e § excipitur, v. item quod arbitrio, e II, de execut. sent.

(2) Ordonnance 1629, art. 152, che introduce un procedimento di omologazione davanti al giudice. — RIVALTA, *I giudizi di arbitri; saggio di legisl. e giurispr. antica e moderna*, 1885; COGNETTI DE MARTIIS, *Il compromesso*, 1908.

(3) BARTOLUS, l. 1, Cod. de arbitr., vol. VII, pag. 88: *actio cum hodie ex sententia arbitrorum ex forma statutorum oriatur, ab ea poterit appellari.*

Digitized by Google

garsi sì tosto che il lodo era confermato dalla sentenza del primo giudice o sol quando fosse confermato in ultima istanza: se incorresse in pena chi dopo aver reclamato desistesse dalla lite senza attendere la sentenza del giudice; se cadesse in pena il reclamante quando il lodo fosse confermato solo in parte o quando venisse confermato in tutto per virtù di nuove ragioni o di nuove prove prodotte.

In quanto ai rimedi contro il lodo erano gli stessi di quelli per le sentenze, perchè, diceva Bartolo, *oggi* dal lodo nasce azione come da sentenza di giudice (1): soltanto il rimedio era travestito o nascosto sotto il nome: *reductio ad arbitrium boni viri*, preso a prestito dal diritto canonico, appello improprio senza effetto devolutivo equivalente al ricorso *via nullitatis*, finchè la legislazione statutaria estese alle sentenze arbitrali le regole comuni in materia di appello. Anche qui si nota l'abilità o l'astuzia dei nostri giuristi nel volere accreditare questo rimedio sotto la bandiera romana, sostenendo che era conforme al diritto romano, il quale invece disponeva tutto il contrario (2). In ogni modo essi riuscirono a introdurre nella pratica dei tribunali il principio che contro la sentenza arbitrale chi la riteneva manifestamente ingiusta potesse, nonostante qualunque pena e rinunzia, ricorrere al rimedio della *redutio ad arbitrium boni viri*, che poi era il giudice ordinario: e tale riduzione in sostanza equivaleva ad appello (3). Anzi allorchè trattavasi di lodo di arbitratore moltissimi sostenevano che si potesse chiedere l'appello entro 30 anni, per modo che il lodo non acquistava forza di giudicato se non dopo scorso sì lungo tempo, e ciò collo specioso ragionamento che la rinunzia a reclamare e l'approvazione anticipata di una sentenza poggia

(1) BARTOLUS, l. diem proferre, Dig. de arbitr., vol. I, pag. 147.

(2) Si basava l'opinione sopra testi romani: l. 76, 78, 79, Dig. pro socio, l. 32, § 14. Dig. de recept. qui arbitr.; l. 3. Cod. de recept. arb., ma senza alcun nesso e anche con errore grossolano che anzi quei testi negano la riforma *cum ex compromisso ad arbitrum itum est*, e ordinano l'osservanza del lodo: *sive aequum sive iniquum sit parere debeamus*.

(3) Secondo lo Stat. di Bergamo, sec. XIV (LATTES, *Dir. consuet. lomb.*, 89) era escluso l'appello se le parti avevano giurato rinuncia ad ogni azione contro gli arbitri, ma era ammessa la *red. ad a. b. v.* Così a Brescia si accordava l'appello quando il compromesso era fatto colla clausola *ut sit in eo tamquam sub consulibus*. Nel napol. il lodo dell'*arbiter iuris* che era eletto *necessitate legis* ed era eguagliato a giudice, era appellabile: v. MARANTA, VI, pag. 522.

Digitized by Google

sopra la tacita condizione, se l'arbitro pronuncierà secondo la equità: che se una delle parti crede di trovarsi ingannata per essere stato pronunziato ingiusto lodo, le debba essere permesso di disubbidire alla precedente promessa condizionale, cioè di reclamare. È facile comprendere gli inconvenienti di tali opinioni: il perdente trovava sempre il lodo ingiusto e con ciò incaminava l'affare in giudizio per tutti i gradi, come se mai fosse seguito alcun compromesso. Perciò nei progetti di codici giudiziari del sec. XVIII si escludeva l'arbitrato obbligatorio, come inutile e si limitava l'appello a pochissimi casi (1).

Tralasciamo di riferire le tante oziose dispute degli antichi giuristi su quest'istituto (2). Anche dopo che si era d'accordo che il giudizio degli *arbitri iuris* non era diverso da quello degli altri giudici, tuttavia si disputava se la prevenzione era di 3 o di 5 anni o se l'istanza era perpetua secondo le regole canoniche (3). Doveva l'arbitro seguire *viam conscientialem* o *viam poli*? Aveva libera facoltà in giudicare? doveva attenersi agli statuti? Ma al disopra di tale e tanto scolastico dissertare sta a merito della dottrina italiana l'avere portato l'arbitrato nella cerchia del diritto pubblico, il che costituì una tradizione nazionale ininterrotta, raccolta dalle leggi moderne che sancirono essere scopo del compromesso creare un giudizio riconosciuto e governato

---

(1) BARBACOVI, *Progetto di cod. giudiz.*, I, pag. 30; TRIANI, *Nota sull'arb. b. v.* nel vol. *Onoranze a F. Serafini*, 1892; id., *Studi di proced.*, pag. 280.

(2) DURANTIS, l. cit.; BARTOLUS, BALDUS, SALYCETUS nei loro comm. a Dig., IV, 8, e a Cod., II, 56. MARANTA, p. V. E dei recenti ASINIUS, *Praxis*, c. 2, n. 55; SCACCIA, lib. II, c. 2, n. 673. Il *Repertorium* del BERTACCHINI consacra 36 colonne alle varie questioni agitate sugli arbitri, che, per es., non potevano esaminare cause usurarie, ecc.

Vedi TANCREDI, I; DURANTIS, I, de arbitro et arbitratore; MARANTA, pars VI; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, tit. de arbitr.; SCACCIA (lib. II c. 2) vi consacra 741 §§. Trattati speciali: BLANCUS, *Tractatus de compromissis faciendis inter coniunctos*, Venet., 1566, nel *Tract. univ. iuris*, III, 138; BAPT. DE SANCTO BLASIO, *De differentiis inter arbitrum et arbitratorem*, id., III, p. I. Poi in tutte le prassi giudiziarie: in ultimo cfr. DE LUCA, *De iudiciis*; SOLA e AB ECCLESIA, *Observat.*, pag. 160 pel Piemonte; BORETTI, *Pratica*, I, pag. 54; DE ROSA, *Praxis civilis*, Napoli, 1794, II, 42, pel Napoletano.

(3) ANT. DE BUTRIO, *Comm. super Decretalia*, c. quintavallis, n. 28, de iureiur., II, 34; MARANTA, p. V, n. 19, pag. 240.

Digitized by Google

dalla legge, cogli effetti simultanei del contratto e del giudizio [1]. Risulta ancora la grande importanza che si ascrisse nel passato all'arbitrato obbligatorio per conservare la pace in certi strati sociali o a difesa degli impotenti economicamente [2]. Messo in disparte nel sec. XIX, esso è ora risorto per esercitare la sua opera di pacificazione nelle contese economiche.

---

(1) Così il Cod. di proc. napol., 1819, art. 1897-1102; il toscano, art. 1115; il parmense, art. 3, 32, 40, 42; l'estense, art. 11, 13; il Regol. pontificio, 1768, 1777, 1778.

(2) Così lo Stat. di Roma, ed. RE I, 110 disponeva che l'inferiore in lite con barone poteva chiedere che la causa fosse compromessa *in duos populares, e dicti maiores cosantur ad compromictendum*.

Digitized by Google

CAPO III.

La competenza

1. Nell'originario Comune accanto alla curia dei consoli erano solo riconosciuti il tribunale del vescovo pei chierici e quello delle arti. Solo più tardi spuntarono i privilegi di classe e con essi si crearono speciali tribunali con proprie competenze. Nel libero Comune il cittadino rispondeva solo al tribunale consolare ed era punito chi invocava diversa giurisdizione (1). In principio il giudice era unico: poi si divisero le attribuzioni, e vi furono giudici al civile, al criminale, ai danni, ai beni mobili, agli immobili, ecc. I limiti erano nelle leggi precisati (2): ma in pratica, specialmente col gran numero di tribunali, i conflitti erano continui, come vedesi, per es., dalle antiche leggi venete (3): era impossibile ovviarvi, quando secondo l'oggetto e il valore per la stessa causa si doveva adire a giudici diversi: così in tema di divisione di eredità tante erano le competenze quante le cose, se mobili, immobili, crediti, ecc., e secondo il valore.

Ciò a cui per prima cosa vogliamo dar rilievo è l'antica consuetudine delle nostre città commerciali che consacrarono l'egua-

---

(1) Leges ianuenses, 1404 (*Mon. hist. patriae, Leges*, III, 802; Costit. di Siena, 1262, I, 3; Stat. di Parma, 1255, II, 3; Firenze, 1415, II, 18; Brescia, 1722, c. 90; Brescello, 1697, II, 1; Rimini, I, 16.

(2) *Officiales iustitiae limites non praetereant*. Stat. di Reggio, 1582, I, 1; Verona, 1747, II, 7, pag. 160. Diversa procedura per i mobili e gli immobili è stabilita dagli Stat. del Comune di Pola, an. 1367 al 1431, ed. Benussi, 1911, II, 1 e 2.

(3) *Venetorum iudicia*, 12, 13, 47, 56, in Pitzorno, *Consuetudini giudiz. veneziane anteriori al* 1229, 1910, pag. 24.

Digitized by Google

glianza di tutti davanti alla legge, sì pei cittadini che pei forestieri, essendo la nostra civiltà andata incontro a questi ammessi ad agire e a difendersi sulla base della reciprocità (1), dando soltanto la cauzione giudiziale (2); anche se possedevano immobili in città (3). Le autorità dovevano *manutenere et defendere omnes illas personas que venerit ad habitandum* (4), e anzi si istituivano magistrature speciali, *sapientes de credentia* che giuravano *iudicare bene conservando cuilibet ius suum* (5).

Nella dottrina i forestieri sono i *peregrini*, gli *advenae* e gli *hospites* che, secondo le convenzioni fra città e città, trovano protezione nei tribunali, dove devono presentarsi se citati (6). Anche ai *forenses* che devono *sequi statuta civ. in qua ligant*, è dato accesso ai tribunali come attori e convenuti (7). A Spalato erano puniti i *cives facientes iniustas querelas contra forenses* (III, 48) e a Pola si ordinava ai giudici di *rationem facere forensibus* con rito sommario per non danneggiarli a trattenersi in città (II, 9).

2. L'esame della competenza assunse importanza e originò controversie infinite quando le classi in cui frazionavasi la società pretesero fori speciali. Cresciute così le giurisdizioni, erano continui i conflitti fra esse, non essendo sempre chiaro quale fosse il giudice competente: poi colla facoltà di elezione di foro accordata ai pupilli, vedove, vergini, miserabili, mercanti in viaggio, contadini, studenti, vecchi, ciechi, prodighi, falliti, meretrici, demoniaci, non che ai luoghi pii, veniva a cadere ogni regola relativa alla competenza (8). Ancora, ogni persona di condizione infe-

---

(1) Stat. di Pola, II, 8 (ove è detto che sulla base della reciprocità si farà giustizia *clericis et paisanis*). Così anche Stat. di Perugia, 1342, ed. Azzi, II, 21; Parma, 1590, II, pag. 73.

(2) Stat. di Gubbio, 1685, II, 14; Ferrara, 1624, II, 13; Firenze, II, 17.

(3) Stat. di Cremona, 1578, c. 307.

(4) Stat. di Parenzo, ed. KANDLER, II, 21; Stat. di Pistoia, 1296, IV, 88, 141.

(5) Stat. di Biella, ed. SELLA, r. 36, vol. I, pag. 8.

(6) BALDUS in Auth. omnes, Cod. comm. de success., vol. VII, pag. 196; l. cives, Cod. de incolis, VIII, pag. 270.

(7) Id., l. debitor, Dig. de pignor., vol. II, pag. 156; l. cum clericis, Cod. de episc., V, pag. 44.

(8) Sulla competenza ANGELO SCIALOIA napolet. scrisse un *Tractatus de foro competenti*, due ediz., Napoli, 1663, 1717, in-fol., pag. 323. Sull'elezione di foro sono notevoli il *Tract. de electione et variatione fori* di NOVARIUS; parimenti napoletano, del quale si ebbero tre edizioni, Napoli, 1621,

Digitized by Google

rione in lite con potente poteva declinare il giudice ordinario e invocare il superiore dopo di aver giurato *perhorrescentiam adversarii* (1), disposizione introdotta da Federico II per i miserabili (I, 37) e di origine romana (l. un., Cod. III, 14), poi dagli Angioini estesa ad altre persone (2), e durata in Sardegna fino al 1827 (Cod. di C. Felice 1042). Infine a complicare la materia la legge canonica assegnava al foro ecclesiastico supremazia sulle giurisdizioni civili, facoltà di avocare cause col pretesto di connessione *cum spiritualibus*, per es. nei testamenti contenenti legati ad opere pie, e poi competenza oltre che nelle cause spirituali e miste, in quelle di giuramento, matrimoniali e usura. Qui va notata la restrinzione che voleva introdurre Bartolo: il vescovo nelle cause di usura e di matrimonio non decide *sul fatto* (3).

Si può dire che ognuno aveva il *suus iudex*, che dovevasi ricercare, pena la nullità degli atti compiuti in altro foro. Si è visto come i nobili, i militari, gli ebrei, ecc., attori o convenuti godessero di tribunali speciali (4): e ampia materia a contendere era *ab initio litis* sulla natura della causa: per es. era causa militare? Sotto gli Spagnoli tutto poteva comprendersi sotto questo titolo (5): e tale confusione durò a Napoli fino al sec. XVIII.

Conferma di tal disordine si può notare, per es., a proposito del domicilio riconosciuto necessario dalle leggi (6) e dichiarato

---

1633, Venezia, 1656, e un'opera di CARACCIOLUS, *De remissione fori et de foro privilegiatorum*, Palermo, 1641. — Le meretrici ebbero a Napoli un tribunale privilegiato fino al 1640: Pragm., VI, § 6; VII, § 1, *de meretricibus*. Sulla abolizione di esso v. IOAN. DE THORO, *Supplem. decisionum*, pag. 244, Napoli, 1646; id., *De magistratibus et aliis iusdicentibus*, Napoli, 1655.

(1) Ritus M. R. Curiae, 235, de foro competenti declinando. — ABBAS PANORMIT. cap. Nicolao, de appellat. II, 28. Tali privilegi continuarono per tutto il sec. XVIII: v. Pragm., II, de dilation., 1728; Pragm. 18, de ordin. iudic., 1738; e sopra essi v. CARLEVALIUS, *De iudicibus et de foro compet.*, I, sect. 7, n. 629, Napoli, 1634.

(2) Ritus M. Curiae, 228, 233; Cap. Roberti, 6: quia nulla legis sanctio.

(3) BARTOLUS, l. omni novatione, Cod. de sacr. sanct. eccl., vol. VII, p. 12.

(4) Ritus M. Curiae, 46, 49; in Piemonte, Statuti militari; a Napoli Amedeo VIII, I, 14, nei Decreta veterum ducum Sabaudiae, 1586.

(5) Pragm., XVI, § 11 e XX an. 1652 de re militari. Ciò notava CLARO, *Practica crimin.*, § fin. qu. 35, v. quaero modo. Militari erano anche i servi dei soldati, fornitori, ecc.; v. CARACCIOLUS, cit., qu. 39.

(6) L'idea di un *domicilium necessarium, certum*, e il principio che chi non ha domicilio è *vagabundus* trovansi in DURANTE, loc. cit., n. 30, in BARTOLO, ad l. 19, § 19, de iudiciis, III, 1, e in BALDO, id., vol. I, pag. 274.

Digitized by Google

potissimum in iurisdictione dalla dottrina (1), ma annullato dalla situazione della persona e dalla dipendenza verso un'altra giurisdizione da rispettarsi (2). Infatti Durante allegava 52 casi di eccezione alla competenza per domicilio, e Socino li allungava a un centinaio: in guisa che se il domicilio nominalmente restava la regola, come la proclamavano i giureconsulti (3), in realtà diveniva l'eccezione, dal momento che era imprescindibile il rispetto dei diritti che una qualsiasi giurisdizione poteva vantare sulle materie ad essa pertinenti, e colla conseguenza che ognuno poteva essere distratto dal suo foro di domicilio.

3. E allora l'eccezione fu dalle popolazioni invocata come privilegio, nel senso di non essere alcuno obbligato a recarsi fuori della città ove aveva domicilio per qualsiasi lite nè da attore nè da convenuto. Tali privilegi trovansi accordati dai principi in tutte le parti d'Italia. I cittadini di Genova ottennero tal privilegio fin dal secolo X; quelli di Torino non potevansi citare *extra montes* (4); e simile beneficio ebbero i Perugini nel 1252, i Romani (5), quei di Rimini nel sec. XIII (6). Quelli di Gaeta furono dichiarati giudicabili in civile e criminale per prima istanza solo davanti al proprio capitano (7); così quelli di Palermo e Messina (8), di Ter-

---

(1) BALDUS, in *Cod. si a non compet. iudice*, VII, 48.

(2) c. 14, X, de foro compet., II, 2. Innocenzo III nel 1210 stabilì eccezioni alla competenza per domicilio *ratione materiae, personae, patrimonii*.

(3) *Forus domicilii est generalior et universalior caeteris foris*: BARTOLUS e PAULUS DE CASTRO, in l. 1, *Cod. ubi de crimine agi oportet*, III, 15; IOAN. ANDREAE, in *addit. ad Speculum*, lib. I, de citatione, § contra citationem; Gloss. in cap. statutum de rescriptis, in VI, I, 9.

(4) CIBRARIO, *Storia d. monarchia di Savoia*, 1840, pag. 310; *Economia pol. nel m. e.*, I, pag. 105.

(5) LAMANTIA, *Storia della leg. ital.*, I, pag. 258, 321.

(6) SALVIOLI, *Statuti inediti di Rimini*, 1880, pag. 13.

(7) n. 1325 e 1465, in CAPASSO, *Repertorio d. pergamene di Gaeta*, 1884, pag. 239.

(8) Consuet. di Palermo, c. 3 e 4; di Messina, c. 36. Le Const. regni Siciliae, I, 206, vollero restringere tali privilegi, ma i Palermitani li ebbero confermati con dipl. del 1258 di Manfredi, del 1291 di Giacomo. Di tal privilegio MUTA diceva: *hoc est unum de aureis privilegiis quae habet nostra urbs*. Fu confermato nel 1727: *non dovesse obligar sus ciudadonos a litigar fuera de Palermo*: SICILIANO, *Consuet. di Pal.*, pag. 171; DE VIO, *Privilegia*, pag. 23. Per Messina v. dipl. 1283, in LAMANTIA, *Codice diplomatico dei re aragonesi di Sicilia*, 1918, I, n. 38.

Digitized by Google

mini e Trapani (1). Poi gli Aragonesi estesero tal privilegio a tutti i Siciliani (2), e l'ebbero in seguito anche i Napoletani (3). Una legge di Alfonso I ordinò che nelle cause criminali non si dovesse prescindere dal domicilio e che per le civili si dovessero rispettare i privilegi delle città relativi ai *sancta tecta* (4). Dei Siciliani poi non potevano le cause *extra regnum extrahi* (5), e viceversa i *domiciliati* non potevano richiamarsi al foro di origine, fatta eccezione per quelli che avevano il loro console, i quali erano autorizzati a respingere il foro di domicilio e chiamare i loro avversari al foro del console, a meno che non fossero cittadini per privilegio o per essersi uniti a moglie siciliana (6). Anche queste immunità venivano meno se il Gran Giustiziere trovavàsi nel luogo di origine o di domicilio; egli a sè poteva avocare, per diritto di prevenzione, qualunque causa (7), principio questo che si osservò anche in tempi posteriori (8), ma contro il quale reclamarono i cittadini di Palermo, di Catania e di Messina (9) perchè fossero rispettati i loro privilegi di non essere convenuti *extra urbem nec ratione rei sitae nec contractus aut delicti*, nè in prima istanza, nè in appello o per cause civili, ecclesiastiche, feudali e criminali (10).

4. Si aggiunga che nemmeno chiara era la nozione di domicilio, che era costituito, come dice Baldo, *a iure* e anche *ab homine* (11). Vi era un domicilio di origine, l'antico *quod non mutatur per novum*,

---

(1) Consuet. di Trapani, c. 35; di Termini, c. 30.

(2) Capit. regis Martini, c. 62; Ioannis, c. 94.

(3) Pragm., I, de immunitate neapolit. an. 1479, 1505.

(4) Capitula regis Alphonsi, cap. 177, 392.

(5) Pragm., 8, de citation.; Pragm., 2, ubi de delicto; Pragm., 3, § 3; Pragm., 79, § 6, de officio S. Regii Consilii.

(6) Capitula regis Ioann., 22; Pragm., 3 e 5, tit. 10, vol. I.

(7) Const. regni Siciliae, I, 41. Contro le autorità di Palermo che non volevano ai Messinesi riconoscere i privilegi decisero i re nel 1330 e 1346: De Vio, pag. 124; Flandina, *Il Cod. Filangieri di privil. di Palermo*, pag. 58.

(8) Capit. Ferdinandi II, cap. 119.

(9) Quelli di Messina avevano anche il privilegio, an. 1283, di essere giudicati dai loro consoli non solo in Sicilia ma anche in Aragona.

(10) Siculae Sanctiones, cap. 3 e 4, vol. IV, pag. 309; Consuet. Panormi, cap. 4; Consuet. Catan., tit. 1 e 2, c. 2; Capit. Alphonsi, cap. 392; Caroli II, cap. 96; Pragm. unic., § 11, vol. VIII; Pragm. veteres, 6, § XI, tit. XI, vol. III.

(11) Baldus, l. 3, quomodo et quando iudex, Cod., VII, 43, vol. VIII, p. 41.

Digitized by Google

col pericolo, così di averne due, e un terzo presunto *ex assidua habitatione* (1), e un quarto sortito *per baptismum* (2), e un quinto per abitazione decennale e un sesto *ratione maioris partis bonorum quae habet in aliquo territorio* (3). Il foro di origine nel senso romano fu cambiato in foro di domicilio, argomento prima esplorato dai glossatori per le relazioni interstatali (4); poi dai criminalisti che ritornarono al concetto dell'origine, desumendo questa dal domicilio del padre o dell'avo, secondo le idee romane e già discusse da Azone e Rogerio (5) e poi proseguite da Bartolo (6) e continuate anche nei più tardi processualisti (7). Tale pluralità di domicilii portava confusione nella pratica e danni: essa è ancora visibile in Maranta, e persiste presso gli scrittori del sec. XVIII che il domicilio scambiarono colla residenza e l'abitazione (8). Era poi dottrina comune il principio: *domicilium solo animo contrahitur* (9).

Poichè poi gli stati italiani eran veri gusci di castagna, si prospettava la questione del foro competente per chi abitava ai confini di uno Stato o per la *res sita* ai confini; e si decideva che fosse competente il giudice dell'una o dell'altra città a volontà dell'attore (10).

5. Con maggior tenacia le giurisdizioni locali difendevano la competenza *rei sitae* per gli interessi congiunti alla proprietà fondiaria. Ma anche essa era soggetta a limitazioni; il privilegio del cittadino napoletano residente a Napoli importava che al foro suo privilegiato fossero portate le sue cause, come attore o convenuto, per immobili siti in qualunque parte del regno. Lo stesso valeva pei cittadini di Palermo e per tutti i Siciliani. Dottrina comune era anche che fosse libero all'attore citare nel luogo

(1) Id., l. 1, Dig. de his deiect., vol. I, pag. 220; l. senatores, Dig. de senator., I, 49.

(2) Id., l. cives, Cod. de incolis, vol. VIII, pag. 220.

(3) Id., l. 2, Cod. de senatoribus, vol. V, pag. 194.

(4) ALB. DE GANDINO, ANG. ARETINO, ecc.; v. KOHLER, *Strafrecht der italien. Statuten von XII-XVI Jahrh.*, 1907; NIEMEYER, *Gemeinrecht. Entwick. des internat. Privat- u. Strafrechts bis Bartolus*, 2 vol., 1901, 1916.

(5) *Dissensiones dominorum*, ed. HAENEL, pag. 372.

(6) BARTOLUS, *Cod. de municip. et originariis*, vol. X, 30.

(7) CARLEVALIUS, op. cit., vol. I, disp. 2, quaest. 2; CAPIBLANCUS, vol. I, super Pragm., VIII, parte 2; II, cap. 62.

(8) AB ECCLESIA, *Observat.*, CXII.

(9) Già sostenuto da MENOCHIO, *De arbitr. iud. causis*, causa 86.

(10) DECIANUS, *Tractatus criminalis*, vol. I, lib. IV, c. 16, Venet., 1590.

Digitized by Google

del domicilio o in quello di situazione [1]; il foro del domicilio concorrendo con quello della *res sita* cumulativamente. Già fra gli antichi glossatori volevano alcuni il *forum rei sitae* solo per gli immobili, delegando pei mobili il *forum arresti* [2]. Ma la pratica italiana non fece questa differenza o estese il *forum rei sitae* ai mobili pegnorati [3]. Accursio faceva concorrere al *forum rei sitae* il foro personale del convenuto. Altri glossatori dubitavano se il convenuto fosse costretto di presentarsi al *forum rei sitae* o potesse scegliere a sua volontà: ma la pratica obbedendo all'interesse dei pubblici poteri aveva adottato il principio della obbligatorietà del foro *r. sitae*: e così rimase nelle leggi che vollero cauzione da chi avesse privilegio di foro [4], e così seguì la giurisprudenza [5].

6. Annullato restava anche il *forum contractus* da diritto spettante a qualsiasi autorità, regia, ecclesiastica o baronale, da cui dipendessero le parti contraenti, di conoscere le cause di esse. Seguendo il diritto romano e il canonico, ammettevasi che l'azione dovesse promuoversi nel luogo di adempimento del contratto [6]: ma la pratica napoletana era diversa [7], e la maggior deviazione era fatta dal diritto siculo, ove il *forum contractus* era ammesso soltanto quando il convenuto aveva in quel luogo domicilio da oltre sei mesi [8]. In Piemonte gli stranieri eran convenuti nel luogo del contratto o dei loro beni: ma nulla possedendo di immobili, nel luogo di residenza, se così si osservava nel loro paese in riguardo ai Piemontesi [9].

---

(1) Gloss. in l. fin. Cod. ubi in rem actio, III, 19; cap. dilecti, X, de foro compet., II, 2.

(2) Così UGOLINO e ACCURSIO, Gloss. in l. 3 Cod. ubi in rem actio. Invece Azone e la sua scuola erano di altra opinione: v. AZONIS, *Summa in Cod.*, lib. III, ubi in rem actio (Venet., 1584, pag. 186). Cfr. IOAN. ANDREAE allo *Speculum Durantis*, tit. de compet. iud. adit., § 1, n. 17, e BARTOLUS e BALDUS alla stessa l. 3 Cod. ubi in rem actio.

(3) HOSTIENSIS, in *Summa Decret*, de foro competenti, n. 5; de rescriptis, n. 32; de feudis, n. 12.

(4) Pragm., I, de arbitris, an. 1647.

(5) CARLEVALIUS, op. cit., vol. I, disp. 2.

(6) c. 17, 18, 20, X, de foro compet., II, 2; c. 1 in VI de privil., V, 7; TANCREDI, II, § 2; DURANTIS, II, 1, de compet. iud., § 1, n. 2.

(7) CAPIBLANCUS, *De iure et officio baronum erga vassallos*, vol. II, c. 55, Napoli, 1621.

(8) Ritus M. Curiae, 72.

(9) Editto di Carlo Emanuele I, 1583.

Digitized by Google

Per quanto si atteneva alle magistrature delle fiere, si deve notare che questa giurisdizione eccezionale durava il tempo delle fiere e pei negozi ivi conclusi, e regolavasi coi precetti del *locus solutionis*, *locus non adimpleti contractus* o del *forum delicti commissi*. Le persone godenti di foro privilegiato o quelle aventi elezione di foro potevano rifiutarsi di seguire il foro del contratto, e potevano ricorrere ai tribunali superiori, e così a Napoli alla suprema regia Udienza (1).

Anche il privilegio di foro degli ecclesiastici subiva delle eccezioni, per es. in materia di azioni possessorie: essi che non potevano essere citati avanti ai tribunali secolari per azioni personali, vi venivano invece convenuti colla domanda dell'attore di essere mantenuto e reintegrato nel possesso dei beni fino all'intero pagamento del credito (2): espediente facilitato dalla clausola del costituto possessorio che si intendeva apposto a tutti i contratti e che produceva l'effetto di trasferire *vere et proprie possessionem in constitutorium* (3).

7. Lo stesso principio della territorialità pel delitto, riconosciuto dal diritto romano (Nov. 69 c. 1, § 1) e dal diritto canonico (4) era posposto a quello della personalità, abilitando ognuno a invocare il *suus iudex*. Qui però va ricordata l'opera dei nostri glossatori nel formulare una dottrina sul *forum delicti commissi*, che diede loro occasione a concretare le prime regole di un diritto penale intercomunale o internazionale, come ora si direbbe (5). Sulla dottrina del *f. d. c.* il glossatore Piacentino aveva sostenuto potersi il reo giudicare e punire *ubicumque invenietur*, deviando dal diritto romano: ma i più volevano ciò ristretto *in vagabundis*. La regola *actor sequitur forum rei* svolta pel civile male si applicava nel penale, e gli statuti vi avevano derogato (6). Colla sovranità del Comune era nato un nuovo concetto di sudditanza, che divenne uno dei principali criteri per avocare a sè giurisdizione e

(1) NOVARIUS, *De electione fori*, vol. I, sect. 4, qu. 27; II, sect. 4, qu. 8.

(2) Istruzione del 6 gennaio 1742 di Benedetto XIV.

(3) R. Costituz. piemont., lib. V, tit. 16, § 8.

(4) c. 20, X, de foro comp., II, 2; c. 1, in VI de priv., V, 7.

(5) Una trattazione notevole è in DURANTE, II, de compet. iudicis adit., § 1, n. 4.

(6) Stat. di Firenze, III, 75; Siena, II, 8; Pistoia, II, 2. Cfr. BALDUS, l. 1, in 74 Dig. de legibus, vol. II, pag. 22; l. praeses., Dig. de offic. praes., vol. I, pag. 65.

Digitized by Google

competenza sui cittadini: e questo concetto ebbe per base il territorio. Quindi il delitto offendendo la sovranità del Comune, doveva essere giudicato dove era stato commesso. Nè a tal principio contrariavano i trattati tra città e città che non accolsero l'estradizione. La Glossa però appoggiava il *forum rei*, e i criminalisti complicarono la discussione nel caso di assassinio per mandato, e finirono per dire trattarsi di due reati distinti e quindi giudicabili l'uno nel *forum rei*, l'altro in quello *delicti commissi* (1). Così anche complicarono nel caso di assoluzione data dal giudice del delitto se estintiva di altra persecuzione da parte del giudice del domicilio, e per la pena se da infliggersi secondo la legge del luogo del delitto o secondo quella del domicilio, ecc. (2). La controversia cominciò a chiarirsi quando si introdussero le convenzioni per le estradizioni, praticate dai Comuni dell'Italia centrale, più tardi nell'Italia meridionale: lo Stato pontificio e quello di Napoli solo nel sec. XVI convennero l'estradizione dei delinquenti (3). La dottrina prevalente allora fu che il giudice del domicilio dovesse consegnare il reo al giudice del luogo del delitto (4), e nemmeno si fece più eccezione pel chierico che avendo commesso delitto fuori della sua diocesi, se catturato da giudice laico, doveva essere consegnato al giudice ecclesiastico del luogo del delitto: però anche qui altra eccezione: avendo beneficio nella propria diocesi doveva essere giudicato dal vescovo dove era il beneficio (5).

Si deve ancora aggiungere la confusione originata dai tribunali eccezionali, dalle Giunte di stato non solo pei reati di lesa maestà (6), ma per la pirateria, il falso nummario, l'assassinio di

---

(1) Questa conclusione fu respinta da ALBERTO DE GANDINO, *De maleficiis*, de transact. et pactis, n. 26.

(2) FARINACCIUS, *Practica crimin.*, de inquisitione, q. 7; CLARUS, § finali, qu. 30; CABALLUS, *Resolut. crimin.*, vol. I, casus 25, Firenze, 1629.

(3) Pragm., 3, de persequendis malefactor., an. 1567; Pragm., 7, de exulibus, an. 1585; IOAN. GRANDIS, *De bello exulum, de modo procedendi brachio militari*, Napoli, 1654.

(4) DE LEONARDIS, *Practica officialium*, cap. XI, Napoli, 1612; NOVARIUS, *Collectanea super Pragm. Regni neapol.*, ubi de delicto, Napoli, 1622; CLARUS, § finali qu. 38 e le aggiunte a CLARO di BAIARDO al detto § finali, qu. 36; SCIALOIA, c. 38.

(5) Cap. proposuisti X, de foro compet. II, 2.

(6) In Piemonte riservati al Senato: *Decreta* cit. di Amedeo VIII, I, 10; Amedeo I, 1632; Giovanni Battista, 1650.

Digitized by Google

viandanti, il furto di cose sacre e perfino il ratto. A Napoli fu istituita una Giunta dei veleni per reprimere i frequenti venefici. E il foro variava anche secondo le stagioni [1].

8. A limitare controversie e conflitti la dottrina aveva insistito sul concetto della *praeventio inter plures iudices*, figura rudimentale del principio che la stessa lite non può essere portata davanti a diversi giudici e che deve continuare fino al termine dove è cominciata. Ma nell'applicazione la dottrina urtò contro tali ostacoli che restò la regola mortificata e annullata in tanti casi, per le deroghe sopravvenienti, per es. se colui che aveva iniziata la causa nel corso di essa vestiva abito clericale o diveniva milite o scolaro. In tali casi si doveva cambiar giudice, perchè questi privilegi non riguardavano la persona, ma la classe, e ad essi non poteva derogarsi nè rinunziare. Il primo giudice era colpito di incompetenza, e la parte che *preveniva*, non vessava l'altra parte, ma esercitava un diritto [2]. Doveva il giudice declinare il giudizio allorchè si mutava la qualità di una parte; e il diritto veneto riassume così questa sopravvenuta incompetenza: « Ogni giudice stia contento di termini a lui limitati: non impazarsi e aldire cause e materie che loro non son commesse » [3], sul qual punto la decisione era rimessa alla Signoria: « sempre sia riservata la consueta libertà alla Signoria, quando nasceva differentia di cognoscere e de chiarire » [4]: il che significava l'ingerenza completa del potere politico nella vita giudiziaria, la più pericolosa confusione di quelle funzioni che per la giustizia e la libertà delle persone devono essere separate [5]. Ogni pagina della storia del diritto contiene un insegnamento, indicando i progressi fatti sul passato, le conquiste della civiltà dovute alla libertà nella discussione e negli ordinamenti di governo.

Tale disordine comune a tutte le regioni d'Italia era ancora

---

(1) In Sicilia alcune persone godevano del privilegio del foro militare solo per sei mesi, da aprile a settembre: Sicul. Sanctiones, V, 489.

(2) MUSCATELLUS, *Praxis civilis et criminalis*, part. II, Napoli, 1646; CARACCIOLUS, *De fori privilegiati remissione*, qu. 43; MATTHEIS A. (o de Papareschis, m. 1637), *Tractatus iudiciarius de prorogatione iurisdictionis et fori competentia, ac de praeventione et reorum transmissione*, Roma, 1558, e nei *Tract. univ. iuris*, t. III, p. I, f. 105.

(3) Stat. venetor., an. 1464, c. 41 (ed. 1606, pag. 171).

(4) Id., legge 1462, pag. 149, e così per leggi del 1333, 1340, 1560.

(5) Id., an. 1230, 1340, c. 6, pag. 140.

Digitized by Google

aggravato da un principio di diritto pubblico che la città dominante potesse avocare a sè le cause dei rustici e foresi, essendo la campagna dipendente dalla città (1). Poi costituiti i governi assoluti, ogni ordine di competenze fu lasciato in balìa del principe. E infine vi era la Rota romana che assorbiva le cause più svariate, anche perchè *Roma est communis patria* (2) e perchè il papa *est iudex ordinarius singulorum* (3).

Per queste ragioni non fu possibile agli antichi processualisti attenersi alle regole romane e canoniche (4) e svolgerle, dal momento che ogni persona, causa, crimine doveva essere considerato in modo diverso, avendo riguardo alla qualità e privilegi, potendo il vero giudice essere disvestito da un diritto eccezionale. Quindi essi, pur conoscendo quelle regole, limitarono le trattazioni a stabilire chi fosse caso per caso il *iudex suus* e il *iudex non suus*, indipendentemente dal *forum domicilii*, *contractus*, *delicti*, ecc. (5), e anche più tardi Maranta riassunse ogni regola sulla competenza in questo principio: è competente *qui habet iurisdictionem* su quella materia o persona (6). Scaccia ne parlò incidentalmente: e solo nel sec. XVII la scuola napoletana tentò una sistematica elaborazione, indotta dalla necessità di definire i conflitti fra i tanti fori concorrenti (7).

9. Nella procedura medievale fu riconosciuta la necessità di dare garanzie al creditore, tanto prima che durante il processo e dopo la sentenza, sopra la persona o le cose del debitore: da ciò l'arresto personale o reale; e competente fu riconosciuto quel tribunale sotto la cui giurisdizione stavano la persona o le cose, solo questo avendo possibilità di produrre effetti. La competenza

---

(1) Stat. Milano, ed. 1552; an. 1396, c. 33: *omnes de districtu vel diocesi mediol. possint per potestatem Mediol. conveniri.*

(2) Così TANCREDI, I, 2, tit. 1, § 2, pag. 127; e ripeteva CLARO nel sec. XVI, lib. V, § fin., qu. 38.

(3) Cfr. c. 4, X, de elect. I, 6.

(4) Le regole canoniche sono contenute in X, II, 2; VI, II, 2. I canonisti, come Socino e Decio, elaborarono profondamente la materia della competenza. Vedi anche LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis*, Roma, 1897, cap. 3.

(5) PILLII, I, § 5; II, § 1, pag. 15, 23; TANCREDI, pag. 134, 142; PLACENTINI, *Tract. de foro compet.* nei *Tract. tractatuum*, III; e DURANTIS, lib. II, de foro compet.

(6) *Speculum aureum*, p. IV, dist. 9, pag. 115.

(7) Novario, Caracciolo, de Nigris, Carlevalio, Rovita, Capobianco, Scialoia e altri.

Digitized by Google

nell'arresto fu riconosciuta come conseguenza del principio territoriale, in virtù del quale le persone e le cose cadono anche momentaneamente, senza offesa del privilegio che possono avere, sotto la potestà dominante nel territorio in cui si trovano. Fondavasi tal diritto del giudice sopra testi romani per analogia (1), e in modo diretto altri invocavansi per la cauzione da prestarsi dall'arrestato (2); e così si giustificò anche pei mobili il *forum rei sitae* nei primi atti di sequestro e conservativi (3). Altri però sostenevano che solo il *transiens cum re mobili* potesse essere tratto al foro del giudice del luogo, verso il quale *sifficiat satisdare iudicio sisti in foro suo... nisi in causa ubi sufficit nuda cautio propter privilegium*: che se la persona *suspecta erit, satisdabit vel res deponi debebit* (4). Il riconoscimento del foro del potere coattivo o di esecuzione prevalse nella dottrina (5); salvo qualche eccezione, per es. in favore dei mercanti forestieri accorrenti alle fiere, da arrestarsi solo per debiti contratti nella stessa fiera (6). Perciò dovevano *debitores fugitivi capi et detineri possint ubicumque reperiantur et bona eorum robari sine aliquo banno* (7); e lo stesso pei debitori vaganti *per orbem terrarum* e senza certo domicilio che potevansi convenire *ubicumque inveniantur* (8). Il sospettato di fuga non poteva opporre l'*exceptio iudicis incompetentis*, e il giudice del luogo dove si trovava poteva catturarlo e sequestrarne

---

(1) l. 12, § 1, Dig. de reb. auct. iud. poss., XLII, 5; l. un. Cod. ubi de possess. agi op., III, 20; l. 3, Cod. de ed. divi Hadr., VI, 33.

(2) l. 5, § 3, Dig. ut legat., XXXVI, 3; l. 26, Dig. de iudiciis, V, 1.

(3) AZONIS, *Summa* Cod. ad. lit. de iurisdict. omnium iudic., n. 33; *Lectura* ad l. 3 Cod. ubi in rem actio: *Si Mutinensis transiret per civitatem istam cum equo meo.*

(4) *Ego autem dico quod non trahitur invitus si ibi non inveniatur: imo in suo foro respondebit... et iudex dabit literas ad iudicem illius loci in quo res sita est, ut postea tradat*: HUGOLINUS, nelle *Dissens. dominorum*, ed. HAENEL, pag. 372; cfr. Gloss. ad l. 3 Cod. ubi in rem actio, III, 19.

(5) DURANTIS, II, part. 1, de compet. iud. ad., § 1, n. 17; ODOFREDUS, in *Lectura* in l. ult. Cod. ubi in rem actio, f. 164.

(6) Breve consulum civitat. Pisanae, an. 1164, in BONAINI, *Statuti di Pisa*, I, pag. 28; Statuti del Com. di Ravenna del sec. XIII, ed. ZOLI e BERNICOLI, 1904, rubr. 205; Stat. com. Pistoiens., nel *Corpus statutor.*, lib. IV, r. 15; Cap. Caroli II: *quod non arrestentur in stratis vel mercatis aliqua venalia.*

(7) Gloss. ad l. 19, § 2, Dig. de iudiciis, V, 1.

(8) Gloss. in l. 1 C. ubi de crimine, III, 15; SOCINUS, in c. licet ratione X de foro compet.; Pragm. 3, de vagabundis. an. 1585, 1611.

Digitized by Google

i beni [1]. Il *forum arresti* aveva la precedenza sopra le altre competenze in tutti i casi di lettere di rappresaglia e in procedure promosse contro forestieri [2]: però al debitore che dava cauzione accordavasi che l'azione fosse continuata al foro del suo domicilio: in questo senso il domicilio aveva una concorrenza elettiva col *forum arresti*, ove solo in modo sommario si trattava della cauzione. Lo stesso procedimento aveva luogo per la domanda di arresto *ex conventione partium vel ex nuda statutorum dispositione*. L'inevitabile differimento, conseguente al rinvio della decisione, dal foro di arresto a quello di cognizione doveva riescire non solo incomodo ma dannoso pel creditore, ed è per questo che in pratica si passava sopra al *forum domicilii*, e ciò spiega il silenzio dei proceduristi antichi intorno ad esso.

A proposito delle rappresaglie e dei forestieri è notevole quanto stipulavasi nei trattati fra città fin dal secolo XIII [3] e quanto poi sancivano gli statuti: *reus sequatur forum actoris. Quilibet reus etiam alterius iurisdictionis repertus in iurisdictione potestatis cum persona vel rebus sequatur forum actoris et ibi conveniri possit in omnibus causis tam ordinariis quam summariis* [4] — *et ibi conveniri, exequi et detineri... non obstante quod actor sequi debeat forum rei* [5].

10. Molto considerato fu il *forum reconventionis*, sul quale la legislazione pontificia aveva innovato, quando, in relazione all'*actio spolii*, aveva determinato i casi in cui era ammessa la *reconventio*, escludendola per es. nell'*actio depositi* [6], o in relazione all'*iudex delegatus* aveva ovviato all'inconveniente che l'attore avente molte liti colla stessa persona, le presentasse a tanti giudici diversi che decidessero gli uni indipendentemente dagli altri [7].

---

(1) *Ubicumque possit capi et quantum ad capturam ubique videtur sortiri forum*: ALEX. TARTAGNA, *Consilia*, lib. IV, cons. 205, Venet., 1570.

(2) IMOLENSIS e MARIANUS SOCINUS, *Decretalia*, in c. sane de foro compet.; BALDUS, in l. 1 Cod. de nundinis, IV, 60, n. 3; MARANTA, part. IV, dist. 9, n. 86.

(3) Così a Genova: Liber iurium, *Hist. patriae Monum.*, I, pag. 762; an. 1225, 1228, 1232, pag. 876, 904, 1150.

(4) Stat. Brescia, 1465, c. 9.

(5) Stat. Genova, 1588, III, r. 17, pag. 83; Statuta Ripae, lib. II, c. 65, pag. 83.

(6) c. 10 X de rest. spol., II, 13; c. 2 e 4 X de ordin. cogn., II, 10; X, I, 24; in VI, I, 14; Clem., II, 4; c. 43 X de rec., I, 3.

(7) Gregorio IX ordinò che tutte dovessero svolgersi davanti allo

Digitized by Google

Parimenti alla legislazione canonica devonsi notevoli regole in materia di azioni pregiudiziali, di connessione di causa e di riconvenzione, perchè completando le insufficienti norme romane delle *mutuae petitiones* (l. 14, Cod. IV, 31) fissò i criteri della *continentia causae*, dell'identità di titolo e di oggetto, degli elementi comuni (1). A disposizioni pontificie sono da ascriversi le massime che le *actiones praeiudiciales* fossero decise con antecedenza e che le *reconventiones* nel processo sommario si ammettessero quando lo stesso rito fosse applicabile alle due cause (2). La dottrina italiana portò nella pratica queste regole (3), e vi aggiunse una maggiore latitudine sul momento in cui presentare la riconvenzione (4). A Cino devesi la distinzione fra *reconventio propria* e *impropria*; a Bartolo la teorica sul *simultaneus processus* e sulla necessità che il giudice ordinario fosse investito di competenza per riceversi la *reconventio*; a Maranta l'aver dimostrato (in 68, §§ IV, 6) inammissibile la *reconventio reconventionis* e la *reconv.* nelle azioni criminali e fra azioni civili e criminali (5). Le loro dottrine fecero testo, e nulla di nuovo presentano i proceduristi posteriori (6).

La riconvenzione aveva difficoltà da superare nei titoli con

---

stesso giudice, e Innocenzo IV rinnovò la prescrizione che *reus si eodem durante iudicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio, vel conventionis* (*si contra eum litteras impetrare maluerit*) *de iure suo debet apud eosdem experiri*: c. 3, in VI, I, 3. La legge si riferiva alle azioni personali, per le quali nè all'attore nè al convenuto era lecito invocare dal papa altro giudice quando non era già stato assegnato per le liti fra loro: e ciò sotto pena di nullità delle procedure fatte davanti ad altro giudice.

(1) Decretum, c. 3, Dist., II, qu. 8; c. 1, X II, 10; c. 3, in VI, I, 3.

(2) Il diritto romano non aveva disciplinato la materia delle *actiones praeiudiciales* e delle *reconventiones*, lasciandole all'arbitrio del giudice. Tale fiducia non ebbero i papi, che vollero le *act. praeiud.* decise con antecedenza alle altre azioni. In ultimo Clemente V (Clem., c. 2, V, 11) ordinava le *reconventiones* nel procedimento sommario ammettersi quando lo stesso procedimento fosse applicabile alle due liti.

(3) TANCREDI, II, 19; GRATIAE, II, 1, § 2; BALDUS, l. si idem, Dig. de iurisdict. omnium iud.; l. sed et haered., Dig. de procur.; de iudiciis, vol. I, 75, 259, 262.

(4) TANCREDI voleva solo prima della *litis cont.*, ma DURANTE, II, 1, de reconvent., § 3 e 4, e IOAN. ANDR. al § 3 l'ammise *eodem durante iudicio in instantia iudicis scil. quousque conclusus sit in causa, qui cum negotium discutitur, tantum dicitur iudicium.*

(5) Vedi i loro commenti ad Auth. et consequenter, l. 14 Cod., VII, 45.

(6) SCIALOIA, c. 13; NOVARIUS, *Tract. de electione et variatione fori* vol. I, sect. IV, qu. 48.

Digitized by Google

cui la giurisdizione era esercitata, poichè se il magistrato competente pel convenuto si fosse spinto a sentenziare contro l'attore, il suo giudizio si sarebbe considerato come offesa e invasione fatta all'*iudex suus* dell'attore (1). Ma poichè la scienza romano-canonica riguardava di buona fede tutti i giudizi e impose al giudice di sentenziare *secundum acta et probata*, caddero questi impedimenti, e fu permesso al convenuto proporre le sue ragioni contro l'attore allo stesso giudizio, ed ammessa la riconvenzione come la compensazione. Ulteriore sviluppo ebbe la prima dal fatto che il foro ecclesiastico tendeva ad allargare la competenza sulle azioni che sarebbero ricadute ai tribunali laici se il convenuto non avesse potuto insinuarle nello stesso giudizio promosso contro di lui. La medesima ragione, quando la podestà laica si volse ad estendere la sua sfera giurisdizionale, causò l'ampliamento della competenza laica rispetto alle domande del convenuto.

Prodotto della scolastica giuridica furono il *forum litis inceptae, causae remissionis* (quando il tribunale superiore rimetteva la causa al giudice competente), *compromissi, auctoris laudati* (quando il compratore chiamava in garanzia colui che gli aveva venduto la cosa), *fideiussoris, compositionis, restitutionis in integrum, appellationum, executionis sententiae.*

III. Intorno al foro prorogato la trattazione della dottrina fu ampia e assunse particolare importanza, sia per quanto si riferiva alla proroga consensuale che alla processuale. Seguendo il diritto romano le Decretali imposero una proroga consensuale: senza usare le parole *prorogatio fori* o *iurisdictionis*, dichiararono che il *privatorum consensus... suum possit iudicem constituere* (2): ma dovervi sempre essere un giudice ecclesiastico: e così vennero stabiliti i casi in cui il consenso dei chierici poteva modificare l'ordine delle giurisdizioni, purchè vi fosse anche la volontà del vescovo. Viceversa tutti i laici potevano invocare il foro ecclesiastico nelle civili anche senza licenza del giudice ordinario cui spettava

(1) Ritus M. Curiae, 67: in giudizio di riconvenzione il chierico deve sottostare al foro riconvenzionale. Così anche gli scolari perdevano il privilegio di foro, perchè: *reconventio tollit incompetentiam iudicis non obstante privilegio*. Per es. gli scolari attori se riconvenuti perdevano il privilegio. CASTELLARI, *Competenza per connessione nel suo svolgim. storico*, nel vol. X delle *Pandette di Gluck*, 1894, pag. 284-311.

(2) cap. 18 X de foro compet., II, 2. L'espressione *fori prorogatio* è però in c. 32, 40 X de officio iudicis, I, 29.

Digitized by Google

eseguire la sentenza del vescovo (1). Sì larga facoltà di prorogare schiuse la porta a molte controversie dottrinali sui requisiti, sull'accordo delle parti, sull'errore in cui versavano, sugli effetti della *lit. cont.* per sanarlo, ecc. Certo è che tanto si corse, specialmente nel napoletano, da sostenersi nel sec. XVII essere lecito alle parti scegliersi il foro, anche incompetente per materia, valore, territorio (*prorog. de loco ad locum*); tesi poi ridotta dalle solite limitazioni non potersi rimettere ai tribunali supremi nè saltare il foro ecclesiastico e il feudale (2).

12. Tutte le norme di competenza finivano se era accolta l'eccezione *de foro suspecto*, o se il principe avocava a sè la lite. Quali e quante ragioni di sospetto poteva una parte elevare contro il giudice! Era imperito, noto per negligenza, amico dei miei nemici, obbligato all'avversario, suscettibile alla corruzione, già pronunziatosi in materia, che già espresse in libri, della stessa patria di una parte, *si dicat iudicem vidisse litigantes et eos non salutasse*, se uno dei litiganti gli parla secretamente in un orecchio, se troppo severo, crudele o indiscreto (3). Le leggi punivano chi falsamente accusava giudice (4); ma la dottrina scusava perchè la ricusa era legittimo espediente difensivo, e Guazzini nel libro *ad defensam inquisitorum* (1639) metteva la ricusa come la prima eccezione da presentare, e anche nel civile si consigliava la *praeventio* come mezzo di utile efficacia (5).

In quanto al diritto del principe di avocare a sè la decisione delle cause, di alterare l'ordine delle giurisdizioni, di mutare le competenze, di istituire speciali tribunali o giunte, tutto ciò era in coerenza all'assolutismo politico. La volontà del sovrano non soffriva limitazioni, e gli ordinamenti giudiziari esistenti nel suo

---

(1) La Glossa, Bartolo e Baldo alla l. episcopale iudic. Cod. de episc. aud.; TANCREDI, II, 5, § 1; DURANTIS, II, de compet. iud. adit., § 1, n. 9.

(2) SCIALOIA, c. 12; ROVITUS, in Pragm. de off. proc. Caesar.; MUSCATELLUS, *Praxis*, p. II, pag. 320.

(3) Tutta questa materia è svolta ampiamente da MARANTA, IV, act. 2; da ROVITUS, *Comm. in Pragm. de suspic. offic.* Venet., 1649; da NOVARIUS, sopra la detta Pramm.; da CAPYCIUS, *Decis.*, 146; da MASTRILLUS, *Decis.*, 151; da GIURBA, *Consilia*, 88, n. 21; da FRANC. DE TONDUTIS, *Tractatus de praeventione seu de contentione iurisdictionum*, Lugd., 1659.

(4) Pragm. 9 e 10, § 5, de suspit. offic., an. 1588, 1594; Pragm. 15, id.; Pragm. 35 e 40, di Ferdinando I, de officio S. Regi Cons.

(5) MARANTA, id. n. 44; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica papiensis*, de probationibus, cap. 3; GRASSIS, *De except.*, XXIV, n. 60.

Digitized by Google

territorio erano concessioni che non lo vincolavano, non erano rinunzie alle facoltà sue di mutarli a suo arbitrio. *Princeps concedens iurisdictionem non censetur se abdicare superioritatem* (1). Naturale quindi l'avocazione di liti iniziate presso le ordinarie e regolari magistrature, il rimettere ad altro tribunale o a speciale delegato o commissario. A Venezia il Consiglio dei Dieci avocava a sè le cause gravi e contro persone violente e pericolose (2); la repubblica di Genova si era riservato tale diritto per le cause pendenti davanti ai tribunali di Corsica (3). In Piemonte e Savoia il Senato lo esercitava sempre quando lo ritenesse necessario (4), e ciò è ripetuto nelle Costituzioni del 1770 che riconoscevano nel Senato di Torino la facoltà di avocare a sè qualunque causa criminale o di delegare altri giudici a conoscerle. Si prendeva anche pretesto a far ciò dalle disposizioni di definire le cause entro due mesi: decorsi i quali i tribunali superiori erano di diritto investiti delle cause ancora pendenti (5). In diritto nessun reclamo era ammissibile contro tali avocazioni, che erano però mal sopportate dalle popolazioni; tanto che fra le grazie rivolte ai governi di Spagna dai Milanesi e dai Sardi nel sec. XVI vi era che nessuno fosse distratto dai suoi giudici naturali (6): il che non fu ottenuto che colla conquista delle guarentigie costituzionali. Ma intanto quel che non volevasi subire quale arbitrio del sovrano, intendevasi esercitare come diritto proprio dei contendenti, valendosi di un principio consacrato, per es., nel Rito alfonsino per la Sicilia (178) e ammesso nella dottrina, pel quale una delle parti col pretesto che il giudice non aveva deciso entro due mesi, poteva anche senza sollecitarlo colla *trina interpellatio* lasciarlo per invocare il giudizio di un tribunale superiore (7).

---

(1) BORRELLUS, *Decision. univers. summa*, tit. 41, n. 87, Venet., 1618; COVARRUVIAS, *Pract. quaestiones*, cap. IV.

(2) ROMANIN, *Storia document. di Venezia*, VII, 24.

(3) Statuti di Corsica, nella prefaz..

(4) Decreto di Carlo Emanuele I, 1616.

(5) Capitolo 16 di Giacomo re di Sicilia: *Costituz. egidiane*, ed. SELLA, IV, n. 7.

(6) Oltre un decreto del 1473 in *Antiqua ducum Mediolan. decreta*, 1654, vedi altro di Filippo II, 1583, negli *Ordines ac decreta a Senatu edita*, 1583, pag. 46. Per la Sardegna, Pragmat., XI, 5, ed. VICO.

(7) Gloss. in Auth. de quaestore, Coll. VI, tit. 9, § 1; Auth. ut differentes iudices; DE AFFLICTIS, in *Const. regni Siciliae*, c. Iustitiarii nomen; AND. DE ISERNIA, in l. imperialem, de prohib. feud. alienat.; DE LEONARDIS, *Pract. official.*, c. 2 e ss.

Digitized by Google

Il sovvertimento delle competenze provocato dalle avocazioni fu proprio delle monarchie assolutiste e quindi si protrasse per tutto il sec. XVIII, e nemmeno vi rinunziarono i sovrani di Sardegna nel sec. XIX, perchè il Cod. di Carlo Felice del 1827 accordava l'evocazione anche in prima istanza, con rinunzia ai due gradi, a favore delle persone miserabili, nelle cause superiori a 300 lire. E pacimenti quel Codice accoglieva il ricorso al re per grave negligenza dei giudici o per denegata giustizia, ma colla citazione del giudice. Le popolazioni avrebbero desiderata una maggior facoltà di ricorrere al re, non avendo fiducia nei giudici: ma nei redattori del Cod. prevalse l'opinione di far discutere le cause nei primi gradi che giovavano à preparare la causa, e poi per non privare i giudici delle sportule!

In ultimo le regole di competenza erano annullate dalle *literae matriculatae* o lettere patenti che si rilasciavano dai governi, in virtù delle quali i portatori di esse potevano eleggere il foro del principe. In Sicilia erano in vigore anche alla fine del secolo XVIII, eredità del passato, e la M. R. Curia aveva larghe facoltà nel concederle (1). Vero è che altre leggi dichiaravano i casi eccettuati dall'osservanza di tale privilegio la cui interpretazione doveva intendersi in senso ristretto: e così non era ammesso nelle cause mercantili, di fallimento doloso, criminali, fiscali, nelle violazioni alle leggi sanitarie, ecc. (2). E ancora pei Riti napolet. (124) la Corte poteva distogliere le cause non eccedenti 6 oncie dal giudice naturale e rimetterle *alicui doctori literato*.

Non è possibile riassumere anche il solo titolo delle tante questioni trattate dai pratici sulla competenza, che i repertori accumulano sotto le voci *iudex*, *iurisdictio*: e ogni questione era diversamente risolta, e ogni soluzione aveva i suoi *amplia* e *restringe*. Citiamo alcune di quelle che più dividevano la dottrina: se il giudice delegato al criminale avesse competenza a condannare alla restituzione e ai danni: quando potesse incidentalmente conoscere di causa civile: se l'*inquisitus ex delicto*, anche assolto, potesse venir condannato civilmente: se la competenza del giudice maggiore fosse cumulativa o privativa (3).

---

(1) Siculae Sanctiones, vol. V, pag. 226; an. 1749, si parla di persone munite di più di una patente di diverso foro », id., vol. IV, pag. 269.

(2) Id., I, pag. 104, 106, 352, 481, 484; II, pag. 26, 152; III, pag. 368, 407; IV, pag. 246, 317, 370; V, pag. 240, 442; VI, pag. 462.

(3) Vedi MENOCHIUS, *De arbitr. quaest.*, 82; VANTIUS, *De nullitatibus*,

Digitized by Google

13. Il privilegio del *iudex suus*, quando era andato perduto per molte classi, per l'azione di assorbimento e di concentrazione esercitata dallo Stato, fu conservato, oltrechè dagli ecclesiastici, da coloro che esercitavano il commercio, erano iscritti a corporazioni mercantili o di arti e mestieri. Era in origine privilegio strettamente personale, in guisa che i consoli delle Arti e della Mercanzia avevano competenza solo nelle cause fra matricolati: ma poi si era considerata la materia, e, questa determinando la competenza, vennero alle curie mercantili devolute le cause relative a negozi commerciali, colla presunzione *iuris* che i contratti fra mercanti fossero sempre mercantili (1): quindi non era necessario che ambo le parti fossero commercianti o iscritti a corporazioni, ma solo che il convenuto esercitasse industria mercantile. Ciò nel periodo più fiorente dei traffici italiani; ma quando si costituirono forti repubbliche o monarchie e l'esercizio della giustizia fu riguardato funzione esclusiva dello Stato, si richiese la qualità di commerciante tanto nell'attore che nel convenuto, e quindi i tribunali della mercanzia o di commercio assunsero carattere di privilegio pei commercianti.

Esaminando gli statuti delle corporazioni si nota una tendenza ad estendere la competenza dei consoli, appunto perchè volevasi comprendere tutte le cause mercantili, indipendentemente dalla qualità delle persone. È per questo che a Ferrara agli stessi Ferraresi che non avevano bottega o residenza stabile erasi esteso il privilegio in modo che le loro cause contro debitori erano di competenza del tribunale mercantile (2), purchè dessero cauzione (3). Così pure pretendevasi che i consoli dei mercanti potessero trattare le controversie escluse dalla loro competenza se le parti consentivano, pure tollerando che col consenso di queste ogni altro giudice potesse decidere cause appartenenti alla competenza di quelli (4). Ma generalmente le arti maggiori

---

pag. 86. Secondo FARINACCIO, *Quaest.*, I, il giudice ai malefici aveva competenza in civile quando l'azione civile dipendeva da delitto.

(1) Vedi Stat. in LATTES, *Il diritto commerc. n. legisl. stat. ital.*, 1884, pag. 254 e segg.

(2) Stat. civ. di Ferrara, 1566, VIII, 2.

(3) Stat. civilia domus mercatorum Veronae, 1318, ed. 1598, II, 54.

(4) Così a Como, Piacenza, Milano, ecc. Invece a Bologna e a Lucca era vietato ai consoli dei mercanti anche col consenso delle parti trattare cause ad esse non pertinenti: LATTES, § 21, n. 17.

Digitized by Google

gelose dei loro privilegi mal tolleravano che i matricolati invocassero altre competenze, e a Firenze i contravventori eran trattati come falliti, e a Lucca negavasi loro il diritto di ricorrere in avvenire ai consoli mercantili; misure d'altra parte cancellate dai governi che intendevano la competenza ordinaria superiore ed esclusiva di tutte le privilegiate [1].

14. È facile persuadersi come uno dei principali difetti del processo antico avesse radice nella incertezza delle leggi e nella confusione della dottrina in materia di competenza. Si cominciò nel sec. XVII a notare la necessità che ognuno fosse soggetto al giudice del suo domicilio, che questi avesse un diritto superiore da far valere contro i giudici rivali che lo usurpassero, per mezzo della *inhibitio*: *potest iudex inhibere subditis suis ne coram alio in suo preiudicium litigent.* Il concetto della *inhibitio* fu svolto e difeso da Lancellotti (*de attentatis et innovatis lite et appellatione pendente*, 1597) e da De Tonduti (*de praeventione iudiciali seu de contentione iurisdictionum*, 1653). Poi Della Chiesa in Piemonte, Scialoia, Caracciolo, Carlevali a Napoli formularono buone regole generali e altre sulle deroghe per connessione o continenza di causa [2]. Ma a un razionale riordinamento delle competenza doveva precedere la riduzione o meglio l'abolizione delle giurisdizioni privilegiate e straordinarie.

Soltanto nel corso dei secoli XVII e XVIII si iniziò la riforma delle giurisdizioni. La monarchia piemontese abolì molti privilegi in favore dei nobili, non però in Sardegna, ove il Cod. di Carlo Felice del 1827 manteneva il foro speciale pei nobili feudatari, pei cavalieri militari di S. Maurizio. Abolì invece il privilegio dei Cagliaritani pel *forum contractus* e di non essere chiamati a tribunali diversi da quello della loro città: e abolì il foro privilegiato ai laureati in legge e medicina che erano parificati ai nobili, quindi sottoposti allo *stamento militare.* Solo nel 1827 la Sardegna apprese qualche idea di eguaglianza: e tanti avvenimenti si erano compiuti in Europa! E riforme in questi sensi nel sec. XVIII erano state compiute anche in Italia: ne aveva fatto

---

[1] Così per gli Stat. della Mercanzia di Firenze: ma dagli Stat. del popolo, 1415, II, 34, era proibito dalle Arti punire i matricolati che ricorressero ai tribunali pubblici.

[2] Dei risultati a cui era pervenuto il diritto comune fece tesoro il nostro Pescatore, ai cui insegnamenti si ispirò il Cod. it. di proc. civ.

Digitized by Google

papa Innocenzo XII nel 1692 per lo Stato pontificio, Carlo III per Napoli, Pietro Leopoldo per la Toscana, Giuseppe II per la Lombardia. Erano ovunque però mantenuti il foro ecclesiastico, il foro militare, il foro mercantile e altri tribunali speciali. Le codificazioni piemontese, estense, toscana del sec. XVIII semplificarono le regole delle competenze, come già la Pramm. napolet. del 1738 aveva fatto. Infine la legislazione francese soppresse tutte le giurisdizioni che avevano carattere di privilegio, proclamò quei principii che anche oggi stanno nei nostri codici a regolare la competenza civile e criminale.

Digitized by Google

CAPO IV.

Le parti nel processo

§ 1. *Le parti*

1. Col risorgere scientifico del diritto romano fu riportata nei tribunali la terminologia romana dell'*actor, reus, persona legitima standi in iudicio, litis consortium, laudatio auctoris* (1), ecc. I primi processualisti erano passati alla lesta sulle *actiones*, accennandovi appena sotto il titolo *de iudiciis*; ma i susseguenti, quelli di Bologna, vi si fermarono con proposito di risuscitarle per quanto permetteva la loro scarsa conoscenza del procedimento romano, e di introdurle nella pratica, sostenendo che nell'atto di citazione si dovesse esprimere il *nomen actionis*, appena tollerando che lo fosse *post in iudicio* (2). E per farle conoscere composero delle figure schematiche, cioè gli *arbores actionum, exceptionum, interdictorum*, in servizio della scuola, ancora in uso nel sec. XVI e inserite nelle edizioni del Digesto o delle Istituzioni, ma trascurate dagli stessi pratici, che passarono sopra a qualsiasi trattazione dottrinale sulle azioni. Poi la scuola degli Umanisti e in seguito gli scrittori del sec. XVII ne dispersero la materia sotto gli argomenti

(1) Così TANCREDO, GRATIA, DAMASO. Nelle aggiunte fatte da Giovanni di Andrea a DURANTE (I, 2, rubr. pro actore) è accennato al modo con cui Azone, Bagarotto ed altri avevano trattato delle azioni, cioè in modo incidentale. Anche nella cosidetta *Practica Baldi* non esiste un titolo *de actionibus* e nemmeno *de actore*.

(2) PLACENTINUS, *De varietate actionum*, lib. I, tit. 1; IOAN. BASSIANUS, *Summa quicumque vult* in SAVIGNY, *Storia del dir. rom. nel m. e.*, III, pag. 439; *Dissensiones dominorum*, § 336, pag. 481.

Digitized by Google

a cui le azioni si riferivano (1). Negli *arbores* ogni azione aveva il suo nome romano, che l'attore doveva dire e il giudice scrivere per impedire ogni divagazione e mutamento nel corso del giudizio. Bassiano riferisce che *Pisana civitas firmiter tenet et observat quod actor nomen in actionis libello scribat expressim et inserat* (2): ma deve essere stata una particolarità di Pisa, perchè la pratica italiana, come si dirà al capo V, richiese solo che il libello contenesse la *causa*, cioè il *factum*, la *obligatio inde descendens* (3).

Actor, reus, accusator, accusatus erano i nomi dati alle parti, *syndicus* per l'eletto da collegio, da università, *constitutus* pel procuratore di chiesa (4). I requisiti di capacità differivano da quelli romani, non per la dottrina (5), ma per le leggi comunali: *puberes etiam filii familias sine consensu patris intelligantur habere legiptimam personam coram iudicibus in iudicio persistendi* (6): e come attori nelle cause criminali, e i maggiori di 14 anni stavano in giudizio senza il consenso del curatore *et gesta cum eis valeant acsi cum maioribus gesta forent* (7). A Biella gli impuberi non potevano citarsi *excepta causa laboris* (8). Non potevan stare in giudizio gli eretici, i banditi, i blasmati (Cons. di Milano, 9): gli assenti erano rappresentati dai parenti senza mandato (Roma, 1363, I, 5). I forestieri erano ammessi sulla base della reciprocità (v. cap. III, n. 1) o dando cauzione di *stare a ragione* e di pagare il giudicato. Tale principio antico è ripetuto nel Codice

(1) Per es. a proposito della citazione, dell'*editio actorum*, delle *positiones*. Manca ogni trattazione delle azioni in Lanfranco da Oriano, in Pietro de Ferrariis, in Maranta, in Scaccia, ecc.

(2) Così PILLIUS, I, 3, e DAMASUS, *De ordine iudic.*, tit. 8, pag. 56. Il Breve et ordin. pop. Pistorii, 1284, I, 65; II, 211, 212, prescrive che l'attore formuli la *petitio* in modo preciso.

(3) *Practica Baldi*, de citat., qu. 1, n. 5, foglio 11; P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, rub. forma actionis, pag. 17; DURANTIS, II, 1, de actione, § 1; MARANTA, VI, de libelli oblat., n. 14.

(4) HUGOLINUS, in *Dissens. dominorum*, § 68, pag. 308; PILLIUS, II, § 4.

(5) *minor XVII annis non potest postulare*: DURANTIS, I, 4, de advocato, § 1, obiicitur, n. 16; I, 2, de actore, § 1, n. 10.

(6) Stat. di Biella, ed. SELLA; framm. di statuto del sec. XIV, n. 108, pag. 103; Pistoia, 1296, ed. ZDEK. II, 18, 41; Costitut. di Siena del 1309, ed. LISINI, 1903, II, 21; Stat. di Ravenna, sec. XIII, ed. ZOLI e BERNICOLI, 1904, II, 15.

(7) Stat. di Roma del sec. XIV, ed. RE, II, 74.

(8) Stat. di Biella cit., n. 109.

Digitized by Google

estense del 1771, che così aggiungeva: «i forestieri poveri e i sudditi incapaci a trovare sicurtà sono ammessi a cauzione giuratoria quando diano fama e prova di buona ragione».

2. Il divieto alle donne di stare in giudizio è inserito in tutte le leggi: devono essere rappresentate dagli agnati, dal marito, dal mundualdo o per mezzo di procuratore: *mulieres non per se sed per procuratorem iudicio debeant interesse* (1). Federico II colpì con pene quelle che presentavansi nelle curie: *quod praesentari se conspectibus publicis non verentur*, a meno che non fossero in tale inopia da non trovare chi le rappresentasse (2). Ciò era conforme al diritto romano (3) e al canonico (4), che nemmeno volevano *ad iudicium personaliter evocari vel trahi invitas causa ferendi testimonium*. Nelle Consuetudini di Palermo era sancito il divieto alle donne di venire in tribunale *ad agendum, accusandum, respondendum vel proferendum testimonium... sed per propinquos vel procuratores earum recipi debeant*: e non avendo procuratore, la Curia lo doveva loro nominare (5). E per mezzo di procuratore stavano in giudizio il furioso, il prodigo e il *fidem frangens*.

3. Fra le varie norme che gli statuti inseriscono sotto il titolo *de legitimatione personarum* (6) vanno notate quelle molto late sull'azione popolare, e altre invece molto ristrette, come il divieto di accogliere le istanze di chi non fosse del Comune e anzi *de sequela*, cioè proprio della fazione, e poi di chi non pagasse imposte (7), il divieto di far giustizia agli *emptores litium* (8):

---

(1) Stat. di Padova, ed. GLORIA, n. 305; Biella, ed. SELLA, n. 110, I, pag. 103; Parma, 1255-1374, II, 41; Ferrara, 1567, II, 8.

(2) Constit. Regni Siciliae, I, 104, II, 2.

(3) l. 21, Cod., II, 12; l. 2, § 1, Cod., II, 44; l. 1, § 5, Dig. III, 1.

(4) c. 2 in VI, II, 1. E per essere testi, c. 17, Causa XXXIII, qu. 5; c. 17, C. XXII, qu. 5; c. 10, X, V, 4. Bonifacio VIII stabilì che la testimonianza delle donne, se necessaria, si ricevesse da notaio indicato dal giudice. Così anche lo Stat. di Roma, I, 72. Nella pratica non era il divieto applicato alle donne disoneste e vili: IOAN. ANDREAE, *Summula de processu*, § 12; TANCREDI, III, 6.

(5) Consuet. di Palermo, 12: potevano deporre per fatti avvenuti in monasteri, molini, forni, lavatoi, ecc.

(6) Stat. di Padova, 1549, II, r. 3; Belluno, 1747, II, 15; Verona, 1747, II, pag. 105; Cremona, 1578, c. 290; Ferrara, 1567, II, 8.

(7) Stat. di Vercelli, 1241-1336, ed. ADRIANI, 1877, pag. 419; Ferrara, id.

(8) Stat. di Roma, ed. RE, c. 77; Breve com. pis., in BONAINI, I, 237; an. 1313, II, 194; Lucca, 1490, II, 71; Como, 1281, ove si ammette la cessione, ma dopo la sentenza.

Digitized by Google

era vietato cedere azioni litigiose a potenti e a chierici (1), e a Ferrara si era andato più oltre: *non reddatur ius alicui adquirenti actionem contra civem* (2). Era questa regola osservata all'epoca dei Comuni (3), quando le lotte fra classi erano tanto accentuate. Potenti erano i nobili, i magnati così invisi ai popolari.

A proposito delle cessioni, notiamo che nel processo fra debitore e cessionario, il cedente non poteva testimoniare sull'esistenza e contenuto del diritto ceduto (4). In Sicilia il cedente era ritenuto come cointeressato e quindi obbligato a rispondere alle eccezioni proposte dal debitore (Consuet. Catania, 40). Il cessionario non poteva far valere il credito se non dopo un anno dalla cessione (Cons. di Noto, 40).

In quanto all'azione popolare, largo uso ne fecero i Comuni, perchè i pubblici funzionari scaduti di ufficio, non solo erano sottoposti al giudizio dei sindaci, ma chiunque poteva muovere accuse per colpe commesse in virtù della loro carica. Chiunque *de populo* aveva il diritto di agire *pro universitate*: e i nostri giuristi ne trovarono la base nel diritto romano (5). L'azione popolare fu propria dei Comuni lombardi e toscani, mentre le monarchie dell'Italia meridionale diedero la preferenza a corti di sindacato inquirenti per mezzo di commissari viaggianti attraverso il regno, ascoltando le querele e riservandosi provvedere (6): donde le la-

(1) Consuet. di Siracusa, 32; Catania, 58; Noto, 40. — DURANTIS, II, de cessione action., § 1, verb. quid si aliquis plebeius; verb. quod autem dixi; verb. si autem fit cessio. BALDUS, l. cuicumque, Dig. ne liceat pot., vol. V, pag. 143. Chi fosse potentior è detto da Durante, IV, quod metus causa. — Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 54, ed. NANI (divieto cedere credito a chierico).

(2) Breve Comunis Pisani, an. 1313, in BONAINI, I, 180.

(3) Stat. di Ferrara, 1567, II, 11.

(4) SALVIOLI, *Titoli al portatore nella storia del dir. ital.*, Bologna, 1883 pag. 144.

(5) Breve Com. Pistorii, II, 131, 152. — Bartolo ne fa ampia trattazione al tit. quod cuiusque univers. nomine, Dig., III, 4. Così anche Baldo, vol. I, pag. 195.

(6) Const. r. Siciliae, I, 95. Queste corti erano di origine normanna, e Federico si richiama alla forma *iuris antiqua*, cioè al dir. normanno (GREGORIO, *Opere*, 1858, pag. 248, 301). Però la cost. riproduce la Nov. VIII, c. 9 di Giustiniano, colla differenza che mentre questa chiamava i vescovi a dirigere i processi di sindacato, Federico II evitò l'intervento episcopale. Intorno al sindacato nell'epoca aragonese, v. Federico, c. 45; Martino, c. 7; Alfonso, c. 22, 363, 364, 366, 367, 422.

Digitized by Google

gnanze portate ai Parlamenti per le colpe dei funzionari normalmente impunite.

4. Nessuno era costretto ad agire, ma la regola romana (1) cessava nel giudizio di *iattanza* o preventivo, detto anche processo provocatorio per diffamazione (dalla l. *diffamari*), ammesso nella dottrina e quindi usato anche nel silenzio delle leggi, perchè fondato sul diritto comune. Di esso si parlerà più ampiamente nel capo seguente: notiamo ora solo che era esplicitamente riconosciuto nel diritto napoletano, ma vietato in Sicilia (2). Tal giudizio chiudevasi col *perpetuo silenzio*. Giudice competente era quello del iattante.

Ambo le parti dovevano fare elezione di domicilio (3). Tutti potevano essere convenuti, eccetto gli investiti di cariche pubbliche, compresi i giudici (4), finchè erano in ufficio.

§ 2. *La rappresentanza.*

5. La rappresentanza trovasi ammessa nei più antichi statuti. A Venezia chiunque poteva presentarsi per altri in giudizio, purchè la sua qualità fosse provata da due testi: e allora il giudice lo faceva *stridari in publico*: *Ego sum per illum et talem possum habere placitum* (5). Vi erano procuratori *cum mandato* e *sine*: e questi erano gli agnati e i cognati prossimiori cui spettava la rappresentanza dei minori, delle donne, degli assenti, degli inabilitati (6): e il diritto canonico vi includeva anche il vescovo che *de iure* rappresentava le sue chiese e i suoi chierici. Questi parenti non erano esonerati dall'obbligo di dare *satisfactionem de iudicato solvendo* (7). Per gli altri casi occorreva mandato o scritto,

(1) l. un. Cod. ut nemo invitus, III, 7.

(2) Sicul. Sanct., IV, pag. 374. — Contro i giudizi di iattanza si schierò FABRO, *De error. pragmat.*, p. II, dec. 51. Dei codici moderni lo mantennero quelli di Modena, Lombardo-Veneto, Regol. pontificio: non è menzionato nel parmense, toscano, sardo, napoletano.

(3) Stat. di Firenze, 1415, II, 5; Como, ed. SELLA, 1913, c. 128; Lucca, 1539, IV, 1; Capit. Caroli II, c. 146; Pragm. M. Ant. Colonna, tit. XXXVI, § 3; Siculae Sanctiones, vol. II, pag. 485; IV, pag. 366, 369; V, pag. 68.

(4) Stat. di Cremona, 1578, c. 291.

(5) Venet. iudicia, 11.

(6) Stat. Urbisveteris, 1581, II, 61; Roma, I, 5.

(7) TANCREDI, I, 6; GRATIAE, I, 8; DURANTIS, III, de coniuncta persona, § 1.

Digitized by Google

per procuram od orale, *per verbum rogo*. La rappresentanza non era ammessa nelle cause criminali quando la pena era la morte, relegazione o altra grave, tesi combattuta dai glossatori (1). Però già alla fine del sec. XIII vi sono statuti che l'ammettevano anche in questi casi; per es. a Pistoia nel 1296 si accordava al *bannitus tam pro maleficio quam pro debito* di venire in città per *constituere procuratorem*: quello *bannitus pro debito* poteva *se defendere per procuratorem* e chiunque poteva offrirsi a difenderlo, e il procuratore giurava *de cal. et de iudicato solvendo* (2). Gli antichi criminalisti ammettevano la rappresentanza solo nei reati puniti con multe (3) o per opporre eccezioni dilatorie (4) o di suspicione del giudice o dell'accusatore (5): anche era ammessa se la pena capitale era commutabile in denaro (6). Dopo il sec. XVI entra il difensore in tutte le cause criminali senza distinzione (7).

In quanto alle civili ben presto le parti contendenti furono allontanate dai tribunali e obbligate a difendersi per procuratore ed avvocato, e l'insegnamento dei proceduristi che *positiones, articuli, editiones instrumentorum et cedularum* si presentassero solo per mezzo di procuratori, fu sanzionato dalle leggi (8): così anche Venezia abbandonò l'uso che i *propinqui* e i membri di comunità si presentassero tutti insieme dinanzi alla curia per difendere i loro interessi, e si ammetteva la rappresentanza (9). Nelle cause *modici momenti* ammettevasi a piatire il procuratore senza mandato (10); e così quando parte era uomo *grossulanus* o rustico (11). Invece nelle curie mercantili ove la procedura era

(1) AZONIS, *Summa codicis*, II, 13, n. 12.

(2) Stat. di Pistoia, 1296, ed. ZDEK. IV, 80; Capit. Roberti, c. 7. Invece non l'ammetteva la Carta de Logu, c. 7 e lo Stat. di Roma, ed. RE, II, 71.

(3) ANG. ARETINUS, *De maleficiis*, Ven., 1598, pag. 198, 261.

(4) ALBERT. DE GANDINO, *De maleficiis*, rubr. utrum procurator (in app. alla stessa ediz. di A. ARETINO), pag. 295, 296.

(5) BONIFACIUS DE VITALINIS, rubr. de procuratore, id., pag. 372.

(6) A. DE GANDINO, pag. 297.

(7) Statuto di Bologna, 1515, V, 15; Lucca, 1539, IV, 41; Parma, 1494 c. 157; Roma, 1580, II, 8; Decreta ducum Sabaudium, Amedeo VIII, II, 121.

(8) Già fino dal sec. XIII: Stat. Pistoia, 1296, II, 55, 80; III, 70, 149; IV, 8; Padova, sec. XII, III, 3; Piacenza, II, 1; Costit. di Siena, 1262, II, 45.

(9) ROBERTI, *Ricerche sulla tutela dei minori*, I, 115.

(10) CENCIUS, *De procuratore*, 1645, pag. 230.

(11) CARAVITA, *Comm. super ritibus M. R. Curiae vicariae*, 1601, al rito 79.

Digitized by Google

semplice, sommaria, *ex bono et aequo* e in lingua volgare le parti dovevano comparire personalmente (1).

Al sec. XIII si riteneva l'ufficio di procuratore *ignobile* (2), quindi non assumibile da nobile nè da *miles*: poi vietato per incompatibilità a quelli rivestiti di cariche pubbliche, e per indegnità allo scomunicato, all'eretico, all'imputato di crimine capitale, al malfamato: doveva essere approvato dal tribunale (3) e poteva essere ricusato l'ufficio a chi era ritenuto cavilloso e rissoso (4); ma altri ritenendo l'ufficio di procuratore utile e oneroso, ammettevano, in contrasto coi canonisti, potessero esercitarlo anche gli infami purchè non dichiarati tali da sentenza. La facoltà del procuratore dipendeva dal mandato *ad tempus, cum libera, cum clausula, ad certas causas, generalis*, ecc. (5). E la dottrina prosegue trattando del procuratore sospetto, falso, della revoca, ecc., e soprattutto del *dominium litis*.

Su quest'ultimo punto le innovazioni introdotte dalla dottrina più antica furono sostanziali, ciò dipendendo dall'importanza che la rappresentanza aveva assunto nei tribunali (6). Si faceva distinzione fra procuratori con mandato e senza, nominati prima o dopo la contestazione di lite. Quegli senza mandato mai diveniva *dominus litis*, e gli effetti della *litis contest.* e il giudicato cadevano direttamente sulla parte (7). Invece il procuratore con mandato diveniva *dominus litis* (8), tanto che poteva sostituire a sè altra persona (9). Si insegnava in conseguenza che si dovesse

---

(1) LATTES, pag. 269; Stat. dom. mercat. Verona, 32, 33; Brescia, 88; Bologna, 36; Cremona, pag. 248; Mercanti di Siena, I, 47; II, 63; Stat. dell'arte di Calimala, 1332, I, 32.

(2) DURANTIS, I, 2, de procurat., § 2, verb. item quod est in magistr.

(3) Reali dispacci, 22 nov. 1609; 2 febbr. 1754.

(4) DURANTIS, id., de procurat., § 1. Una Pragm. 1 de procur., 1574, puniva il procuratore che ricorreva a rimedi e eccezioni calunniose.

(5) ... *procurator contra omnem personam mundi constitutus non potest agere contra universitatem*: BARTOLUS, in *Cod. ad sc. trebellian.*, c. item si facio procurat., XXXVI, 1.

(6) IOAN. ANDREAE, *Summa*, ed. WUNDERLICH, c. 1, § 15, 18; DURANTIS, I, 3, rubr. de procurat. e rubr. de defensore.

(7) PILLII, II, 1, de litis contest.; TANCREDI, III, 1.

(8) Sopra gli *effectus procuratoris* v. TANCREDI, I, 6, § 7. Sopra la *litis cont. per procur.* v. DAMASUS, tit. 27; RICARDUS ANGLICUS, ed. WITTE pag. 13, c. 32. Sul *dominium litis*: CENCIUS, pag. 298. Sul *procurator in rem suam* v. RUINUS, *Consilia*, n. CCIX, Ven., 1591, vol. I, pag. 276; SALVIOLI, *I titoli al portatore*, pag. 176.

(9) DURANTIS, I, 3, de procur.; ROLANDINI, *Summa notar.*, p. VII.

Digitized by Google

stare ai termini del mandato per stabilire i limiti delle attribuzioni del procuratore (1): e così per es. *si de mandato eius literis vel testibus constat, non debet cavere rem ratam dominum habiturum. Si de mandato dubitatur, cogitur cavere de rato* (2). Questa dottrina però non fu accolta nei tribunali d'Italia, che non si scostarono dal diritto romano.

Il mandato doveva essere dato, e per iscritto con atto notarile, e le lettere di procura furono di incredibile prolissità, enumerandosi tutte le azioni, eccezioni e clausole: e doveva consegnarsi nell'originale e qualunque altra attestazione notarile era rifiutata. E poi doveva provarsi l'identità della persona, perchè *stigmata non faciunt aliquem militem* (3). Solo nelle curie mercantili procedevasi con altri criteri contentandosi anche di lettere del mandante al debitore o al giudice (4). Ma restò fermo il principio che il mandato non si presumeva. Sono infinite le controversie esaminate dagli scrittori sulla durata del mandato, su quello a liti future, sulle responsabilità dei procuratori, ecc. (5), chiamati *canes curiarum, expoliatores pauperum.* E tutte queste controversie, difficoltà e lungaggini indussero i ceti mercantili a sostituire il mandato col titolo al portatore (6).

6. Nel Napoletano i Riti ammettevano largamente la rappresentanza: ma presto gli Angioini rilevarono come le cause si rendessero lunghe e complicate per opera dei procuratori (7). Da questi non solo erano rappresentate le Università, ma perfino i delinquenti di reato di sangue, quando erano in numero superiore a dieci (8). Sempre secondo i Riti (N. 104) il procuratore dopo la *litis cont.* era riguardato *dominus litis,* tanto che poteva cedere il

(1) Così TANCREDI, II, 3; DURANTIS, II, 3, de execution. sentent., § 3, n. 4; BARTOLUS, in l. 4 Dig. de re iudic.; BALDUS, in l. 61 Dig. de procur.

(2) TANCREDI, II, 16. AZONE (*Lect. in Cod.*, tit. de procurat., II, 13, ad l. 1) diceva: *hoc esse in electione procuratoris.* Sulle *cautiones de rato,* v. RICARDUS ANGL., pag. 12, v. 30, pag. 16, v. 27.

(3) AZONIS, *Summa Cod.*, de fide instrum. vers. sed quid si proferatur charta; HOSTIENSIS, *Summa,* allo stesso tit.; DURANTIS, I, 3, de procurat., pag. 222.

(4) PETRUS RAVENNATIS, *Alphabetum aureum iuris,* Ven., 1517, pag. 72.

(5) TUSCHI, *Conclus.*, voce procur., pag. 527-543, vol. V.

(6) SALVIOLI, op. cit., pag. 151.

(7) È detto da Andrea d'Isernia, e da A. Bonello nei loro commenti alle Costit. di Federico II, I, 32.

(8) CARAVITA, *Comm. in Ritus,* 108, 111.

Digitized by Google

mandato, farsi sostituire, compromettere, *tamquam esset procurator in rem suam* (1): e in conseguenza la revoca non era ammessa dopo la *litis cont.*, perchè la *res non erat adhuc integra* e tanto meno *post conclusum in causa* (2), salvo gravi motivi e dolo, da esaminarsi dal giudice che poteva procedere a revoca anche *nemine petente*. Egli era radicato alla causa, e perfino la sua rinunzia doveva fondarsi su legittima causa che poi nei trattatisti tanto si allargò da non aver limiti (3). La posizione del procuratore era inferiore a quella dell'avvocato: il Rito (111) disponeva: non stia ove stanno gli avvocati, nè si accosti alla Ruota.

§ 3. *L'avvocatura.*

7. Accanto ai procuratori costituiti *ad agendum causas* fecero di buon'ora comparsa gli avvocati *qui ambigua dirimunt, lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi quasi proeliis ac vulneribus patriam salvarent* (4). Con queste parole l'antico procedurista allude alla milizia togata, non meno gloriosa di quella di spada, milizia che più tardi celebrò i suoi fasti nella letteratura eroica (5). Tanto si esaltavano gli avvocati buoni ed onesti da porli fra i migliori servi di Dio, da tenersi in maggior conto degli stessi frati predicatori (6), il loro ufficio importando doveri analoghi a quelli dei giudici.

Advocati, causidici, doctores iuris si ebbero in Italia anche nell'alto medio evo, chiamati come *iudices* o *consiliarii* a suggerire la sentenza, o ammessi a patrocinare quali *defensores* (7).

---

(1) Per la Pramm. de arbitris, an. 1647 dovendo i parenti litiganti compromettere davanti ad arbitri il procuratore poteva fare il compromesso senza mandato: MARANTA, VI, de compromisso, n. 8.

(2) Ritus M. Curiae, 127; Stat. di Gubbio, 1685, II, 8; Verona, 1747, pag. 141; SCACCIA, lib. I, c. 101.

(3) CENCIUS, *De procuratoribus* in *Tract. un. iuris*, III, 2.

(4) TANCREDI, I, tit. 5; BULGARUS, § 3; DURANTIS, I, 4, de advocato; BONAGUIDAE, *Summa introd. super officio advoc.*, pars. I, ed. WUNDERLICH, pag. 136.

(5) ALA, *Tractatus de advoc. et causidicis christianis*, 1635.

(6) BONAGUIDAE, I, 1; DURANTIS, I, 4, de advoc.

(7) an. 1044, iudex et advocatus; MURATORI, *Antichità estensi*, I, 183. — *Causidici* a Pisa, an. 1076; RENA, *Supplemento*, 1776, pag. 76, n. 18; an. 1077: FIORENTINI, *Memorie della Contessa Matilde*, app. n. 119; an. 1079, ad Arezzo, MURATORI, II, 791; MITTARELLI, II, n. 164. — *Legisperiti*,

Digitized by Google

Al sec. XII l'avvocato stava presso la parte che gli aveva commesso di *dire la sua parola*, nel senso che non era autorizzato a dire ciò che voleva ma quanto la parte intendeva fosse sostenuto; altrimenti poteva essere sconfessato, oltre essere punito, avendo presunto *causam alienam dicere*: egli sia *velut pica et organum et vox domini et recitet verba domini.* Così dice Azone (1) ed è significativo. Donde la conseguenza, che esaurito il suo incarico, poteva prender parte alla redazione della sentenza nella causa che aveva patrocinato. Ma presto le cose mutarono, e gli avvocati parlarono secondo credevan meglio agli interessi del cliente o come sapevano; così si sostituirono alla volontà del mandante.

8. Presto nei nostri Comuni si formò un ceto di avvocati, e il patrocinio originò una professione libera esercitata da sola o assieme al notariato (2), non sottoposta a concessione imperiale nè a licenze di vescovi (3) o di autorità; professione che non tardò a richiedere regolamenti per il suo esercizio, coi quali si separarono le funzioni di avvocato e procuratore, si limitava il numero di essi, si vigilava sulla loro condotta. L'avvocheria fu tenuta in grandissimo conto, apriva la strada alle alte cariche, concedeva esenzioni tributarie: e allora si fu anche scrupolosi nell'esame dei requisiti, richiedendo studi, esami, indagini *de moribus et vita* (4), nè a tutti i laureati fu permesso l'esercizio ma solo a quelli scritti *in matricula*, cioè nel collegio (5). Nella curia romana i *causarum*

---

legisdoctores, an. 1076: SAVIOLI, I, 2, pag. 123, n. 73; FICKER, n. 73; an. 1089: DONDI DELL'OROLOGIO, *Chiesa di Padova*, IV, n. 19.

(1) AZONIS, *Summa Cod.*, lib. IV, de altero vel sibi, pag. 430, Ven., 1584.

(2) Const. regni Siciliae, I, 84, 85.

(3) Sin dal sec. X avevano ottenuto il privilegio di nominare persone capaci *omnium clericorum suorum rerum utilitates exercere*: an. 942, per Reggio Emilia, MURATORI, VI, 45.

(4) Constit. regni Sic., I, 32, 68, 83-85; Consuet. di Palermo, 67; Pragm. 22 e 80, an. 1629, de offic. S. R. Consil., 18, de ord. iudic.; Dispacci, an. 1650, 1681, parte II, tit. 79, disp. 13. In Piemonte richiedevasi laurea e pratica di due anni: Cost. piem., 1770, II, 9-10. In Sicilia erano sottoposti a rigoroso esame: Sic. Sanct., vol. III, pag. 37; Pragm. 4, de procurat. et causidicis, vol. V; e così a Roma: SCACCIA, II, c. 7.

(5) Sui collegi degli avvocati: v. legge padovana, 1289, riportata nello Stat. del 1549, pag. 11; Stat. di Brescia, 1722, c. 2 e 3; di Mantova presso D'ARCO, *Econ. pol. di Mantova*, III, 11. Oltre Stat. di Pistoia, 1296, II, 27; di Lucca, 1308, II, 16, pag. 15. Anche i procuratori avevano i loro collegi: Stat. di Vercelli, 1241-1335, ed. ADRIANI, pag. 35.

Digitized by Google

patroni formavano una classe superiore a quella dei procuratori e trattavano quelle materie altrove commesse agli avvocati, dirigendo i processi e scrivendo nelle cause, restando ai più famosi risolvere i dubbi di diritto, non occupandosi del fatto e del processo, quasi oracoli del giure.

L'esercizio dell'avvocatura non era libero, anzi gli *statuta collegii iurisconsultorum* (1) e i regolamenti pei tribunali (2) elencavano i requisiti: legittimità di onorati natali (3), nessuna nota di infamia, nè accusa per delitto pure avendo provata l'innocenza (4), non ordine sacro nè appartenenza a congregazione monastica (5). Quegli statuti provvedevano anche per gli onorari, pel palmario dopo la vittoria (6). Il patto di quota lite era vietato sotto pena dell'infamia e della restituzione di quanto si fosse ricevuto (7). In Piemonte potevano ricevere solo *exculenta et poculenta a iure licita* (8): a Napoli non oltre la sessagesima del valore dedotto in giudizio, se stimabile, altrimenti stabiliva il giudice (9).

I proceduristi più antichi insegnavano agli avvocati come comportarsi coi clienti e i giudici: gesto misurato, parola grave, lunga veste talare, non assumere troppe cause, non patrocinare cause

---

(1) Questo titolo hanno per es. gli Statuti del 1454 per Piacenza (ed. Parma, 1860). Vedi *Statuta spectabilis et almae universitatis iuristarum Patavini Gymnasii una cum literis ducalibus et omnibus reformationibus*, Venet., 1551, ed. sesta, 1645; *Statuta venerandi collegi notariorum* ecc., di Cremona, 1597.

(2) Capitula d. Praetoris et d. iudicum rotae lucensis civitatis, Lucca, 1573, 1577; Regolam. ed ordine di S. A. Seren. da osservarsi dai consigli, magistrati e tribunali di Modena, 1741; Capitoli per la regolation de le cause, Brescia, 1567; Regolam. pei tribunali civili dello stato di Lucca, 1757.

(3) Così la Pramm. napolet. del 6 dicembre 1780.

(4) Idem.

(5) Stat. di Parma, 1590, II, pag. 57 e 73; Parenzo, ed. KANDLER, 1846; II, 24.

(6) Stat. di Cesena, 1589, I, foglio 39, 102; Bologna, 1787, II, 192; Gubbio, 1685, II, 25; Bergamo, 1727, II, 62; Reali dispacci per Napoli, parte II, tit. 79, disp. 17; Collez. d. ordini di Livorno, 1798, c. 3.

(7) Stat. di Pesaro, 1531, II, 51, 53; Verona, 1747, pag. 140; Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 12; Pragm. 1, de postulando, 1586; Reali dispacci, 1746.

(8) NANI, *Stat. di Amedeo VI*, 1379, c. 5.

(9) Const. r. Sic., I, 85, poi modificati da dispaccio 1746.

Digitized by Google

disperate, non assistere due parti, non allegare false leggi, non suggerire le risposte, non divagare, infine non prender denaro dai poveri (1). A Venezia nel 1287 fu vietato agli avvocati che avevano difeso « in un placito... essere da poi advocati contro quello placito » (2). Giuravano ogni anno di osservare questi doveri (3): il giudice poteva obbligarli ad assumere il patrocinio di chi ne abbisognasse (4). Prammatiche siciliane vietavano agli avvocati abitare in case ove abitassero anche magistrati, e non essere con qualcuno di essi legato in parentela fino al 4° grado di computazione civile (5).

9. Le disposizioni contro gli abusi nell'esercizio dell'avvocatura si fanno più frequenti e severe dopo il secolo XVI. I freni morali si erano rilassati, e cercavano operare le leggi. Il numero degli avvocati era straordinariamente cresciuto: quindi la concorrenza rendendo più aspra la lotta, non pochi offendevano la dignità della toga e violavano i limiti dell'onesto. Così si minacciarono pene e la privazione dell'officio a chi prolungava le liti, assumeva cause evidentemente ingiuste, suggeriva eccezioni infondate, e si impose di giurare che avrebbero posto ogni studio e zelo nel difendere solo cause lecite. Si colpì anche l'abuso della parola; a Napoli per legge antica le dispute non potevano durare che due giorni; e nel 1709 per togliere l'enormità di avvocati che parlavano 14 giorni e più, si limitò la facoltà di parlare a uno o due giorni al più; e nel 1738 a una mattina sola (6). A Venezia l'arringa non doveva durare più di novanta minuti.

---

(1) DURANTIS, II, de allegat. et disput., § satis dare verb. item si advocatus; I, de advocat.; II, de interrog. quae fiunt ante litem contest.; Stat. di Ascoli, 1377, II, 25; Belluno, 1747, II, 33. E per le Const. regni Siciliae doveva giurare difendere con fedeltà *sine tergiversatione*, di non istruirli al riguardo, di non allegare *contra veram conscientiam*, di non pretendere aumento di compenso nel corso della lite. Secondo gli Statuti di Corsica, I, 6, l'avvocato giurava di non informare o istruire il suo cliente: Statuti di Amedeo VIII, c. 10; Costit. piemont., 1723 e 1729, lib. II, tit. 3, c. 4.

(2) Stat. Venetor., ed. 1606, pag. 148.

(3) Così in Piemonte la prima festa dopo Natale secondo le citate R. Costit., 1723 e 1729. E a Napoli per Pramm., 1650.

(4) Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 12, ed. BURAGGI. E in quelli del 1430, II, 122, ordinava che se una delle parti avesse accaparrati i migliori avvocati, il giudice ne facesse distribuzione coll'altra.

(5) Pramm. di Carlo V, c. 137, tomo II, pag. 105; Pramm. 1625, t. II pag. 273; Sicul. Sanct., 1744, t. IV, 433.

(6) DE SARRIIS, vol. XI.

Digitized by Google

Gli avvocati e i procuratori erano riusciti a ridurre i casi in cui le parti potevano personalmente comparire davanti ai tribunali, e il loro ministero era reso necessario dal fatto che tutti gli atti erano scritti in latino, che il procedimento era una materia mistica con stile oscuro e barbaro, con parole convenzionali, che richiedeva i suoi sacerdoti e che doveva essere vietato ai profani, laici o *idioti* (1).

Per moralizzare la professione si tentò l'esperimento che gli avvocati fossero assegnati alle parti dal tribunale stesso (2), che non si potessero avere molti difensori (3), che quelli di una parte non superassero quelli dell'altra: tutte misure inosservate. A Venezia si affidò al magistrato dei conservatori ed esecutori delle leggi di vigilare sulla condotta degli avvocati nel foro, i quali «più che a sostenere le ragioni dei clienti, inveivano con sensi liberi ed arditi contro gli avversari»; si ordinò che non usassero parole improprie e concetti arditi, ma forme moderate e civili (4). A Napoli, dove le leggi avevano stabilito tante provvidenze per requisiti — cinque anni di studio, tre di pratica, dottorato, esami davanti al S. Consiglio — era multato l'avvocato che consigliava a proporre rimedi cavillosi, dilazioni superflue, calunnie contro testi, ecc. (5), quello che accostava i giudici, ritenendosi che si vincevano le cause per amicizia o *per condotta* (6). Erano gli avvocati nel regno di Napoli un ceto influente e potente, protetto dal baronaggio e perciò mal visto dalle popolazioni (7) — e non mancò

(1) Negli Stati dei duchi di Savoia non si ammettevano produzioni se non firmate da avvocati: così il loro ministero era indispensabile: Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 12, ed. BURAGGI; 1430, II, 121 (Decreta ducum Sabaudiae, ed. 1586); Jolanda, 1477, c. 3; Filiberto, I, 1480, c. 3; Nuovi decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 2; R. Costit., 1723, lib. II, tit. V, 3; 1729, II, X, 6; 1776, II, IX, 5.

(2) Così i Riti della G. Corte di Napoli: v. GRIMALDI, *Legge e magistrati del regno di Napoli*, IV, 97. Così anche una legge veneta del 1473 e una Costit. di Benedetto XII.

(3) Stat. di Verona, 1582, II, 104, prescrive un solo avvocato e che sia di collegio; Bergamo, 1727, II, 62, non più di tre. In Piemonte per decreto del 1621, 1653 erano permessi al massimo due avvocati: DUBOIN, IV, 863.

(4) Leggi criminali del dominio veneto, 1751, pag. 144.

(5) Pramm. 32, 35, 38, de officio S. R. Cons.

(6) GALANTI, *Testamento forense*, I, 177.

(7) Le popolazioni di Molfetta nel 1780 reclamano al re contro gli avvocati a servizio dei facoltosi ed opulenti a danno dei populieri et impotenti, ecc. in MAGRONE, *Libro rosso*, privil. dell'Univ. di Molfetta, III, pag. 61, doc. 21.

Digitized by Google

chi punì in misura minore le offese recate loro (1) — e nel sec. XVIII scrittori si fecero eco dei lamenti generali per gli abusi degli avvocati (2). E allora si cercò limitarne il numero, stabilire albo chiuso (3), richiedere la laurea, dividerli in classi riservando agli anziani il patrocinio nelle curie superiori, creare curie censorie per giudicarne i titoli e la moralità (4). Ma in un paese senza industrie e commerci, con una grande nobiltà terriera, l'avvocatura che la serviva era la sola professione onorata, la grande via per la ricchezza: pei figli della borghesia non vi era che da scegliere o il foro o la chiesa. Gli albi chiusi furono presto aboliti.

10. Non in Lombardia dove i tribunali non risuonavano di clamore avvocatesco, nè a Roma dove le discussioni erano bandite, l'avvocatura raggiunse grande importanza. L'ottenne parzialmente a Venezia, dove gli avvocati peroravano in volgare, mentre altrove usavasi il latino, e a Roma (per quelli di Ruota): ma superò tutti Napoli, ove la facilità e l'abbondanza della parola portavano agli onori e alla ricchezza, così che dal foro nasceva e cresceva la nuova *civilità*, cioè la classe borghese, vegetazione parassitaria delle liti continue e colossali di feudi, fedecommessi e demani. Fino a tutto il sec. XVIII questo ceto non ebbe alcuna parte direttiva negli avvenimenti, non fu l'alfiere di alcuna idea di riforma politica, anzi plaudì, dice Colletta, ad ogni governo. Esso trasse prestigio dalle grandi cause che trattava e dalle difficoltà di chiarirle in un paese ove le leggi erano innumerevoli e farraginose, oscure e contraddittorie, e peggio erano dottrina e decisioni, magazzini di testi per sostenere qualunque opinione. Lo spirito litigioso si alimentò di questo stato di cose, e ne approfittarono i governi per avviluppare i baroni potenti e tracotanti in liti eterne, in processi pei quali gran parte dei loro beni si versò in grembo ai forensi. Si tenga presente che tutte le magistrature superiori erano accentrate a Napoli, che la proprietà era nelle mani di pochi, che questa era impaniata in liti colossali, che quindi vi

(1) Costit. egidiane, ed. SELLA, II, 23.

(2) GALANTE, op. cit.; IMBIMBO, *Abusi dell'ordine degli avvocati di Napoli*, 1779; DRAGONETTI, *Delle virtù e dei premi*, c. 13, Napoli, 1767: « Pieni di garrulità, sono privi di sapere: chi ha lingua più spedita, fronte più dura, mente più artificiosa riesce. La loro scienza consiste nell'alimentare nella nazione lo spirito di litigio, ecc. ».

(3) Così in Piemonte: DUBOIN, IV, pag. 734, 743, 748.

(4) Pramm. napol., 1780, pag. 312; GALANTI, I, 268.

Digitized by Google

era tutta la materia per distruggere le case altrui e per costruire la propria (1). Per queste ragioni a Napoli gli avvocati straordinariamente numerosi (2), i soli rappresentanti della cultura, propugnatori dei diritti dello Stato contro la Curia romana, costituirono un potente ceto che seppe difendere la sua posizione privilegiata anche contro i vicerè. Nel 1629 essendosi imposto l'obbligo di esame, minacciò scioperare: il governo dovè revocare l'ordine, e solo una legge del 1780 potè disporre che nei tribunali di Napoli fossero avvocati o procuratori solo gli iscritti nell'albo (3).

11. L'intervento dell'avvocato era quasi una necessità in un procedimento ove il giudice stava inattivo, e ogni iniziativa era lasciata alle parti. Nessuno poteva trovare appoggio e difesa se non nei propri mezzi, a differenza di quello che era proprio del processo romano. Perciò se una delle parti non aveva l'avvocato era tenuto il giudice a darlo: *iudicis officium est advocatum dare qui advocatum non habent.* Le antiche leggi di Pisa (4) contengono nella formola di giuramento che i consoli dovevano prestare, anche l'obbligo di dare alla parte che ne farà richiesta un legisperito *pro advocato.* E quelle di Genova punivano l'avvocato che invitato dai consoli ad assistere un litigante, si fosse rifiutato (5). Tali principii furono confermati da disposizioni pontificie (6), e

(1) Questo disse con cinismo Francesco D'Andrea, celebre avvocato del sec. XVII (1525-1698), *fulmen et flumen eloquentiae*, ricordato anche dal Redi nel suo *ditirambo* — negli *Avvertimenti economici e politici ai suoi nipoti per aumentare la loro casa negli onori, dignità e ricchezze da lui acquistate per mezzo dell'avvocazione, unica strada in Napoli per conseguire detto fine*, ed. CORTESE, 1923.

(2) I viaggiatori parlano di 20.000 uomini di legge solo a Napoli; ma la cifra è esagerata. Galanti (*Descriz. del regno di Napoli*, I, 376) calcola a 26.000 per tutto il regno i magistrati, avvocati e procuratori.

(3) Dispacci reali, parte II, tit. 79, disp. 17; MANNA, *Giurisprudenza e foro napoletano*, 1837; SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8ª ediz., 1921, pag. 178.

(4) Breve Cons. civ. Pisanae, an. 1162: *parti non habenti advocatum si mihi petierit... legisperitum pro advocato si sibi placuerit et pars alia pro advocato legisperitum habuerit, sine fraude dabo.* Stat. di Pesaro, 1531, II, 51, 53; Orvieto, 1581, II, 7; Ascoli, 1377, II, 27.

(5) Stat. di Genova del 1143, rub. 70: *Si aliquem advocatorem alicui parti iungere voluerimus et per nos eam partem bona fide adiuvare noluerit, eum advocatorem per totum nostrum consulatum ante nos placitare non premittemus.*

(6) Onorio III, c. 1, X, de offic. iudic., I, 32.

Digitized by Google

trovansi ancora nelle leggi del secolo XIII e XIV (1) in senso più largo in favore dei contadini, e con obbligare i giudici a dare avvocato a chi non trova assistenza in giudizio.

Invece gli statuti delle corporazioni mercantili non volevano più procuratori nè avvocati nelle cause trattate davanti ai loro consoli (eccetto che per minori, incapaci, infermi, assenti e forestieri) (2). A Piacenza però permettevasi ai litiganti farsi rappresentare da persone *de regula*, cioè della stessa corporazione: e in altre città questa facoltà accordavasi solo all'attore (3): e il procuratore non giurista doveva essere scelto fra i parenti e fra quelli che stanno *ad unum panem et vinum* (4). Regole anche queste che il tempo e il più complicato giro di affari posero in disparte, e al sec. XV a Milano erasi introdotto il principio che anche nelle cause di commercio il giudice potesse concedere a chiunque procuratore od avvocato (5).

12. Queste considerazioni indussero i governi a provvedere alla pubblica difesa dei poveri, cogli *advocati pauperum* pagati dal Comune. La Chiesa fin dai tempi antichi aveva affidato alle sollecitudini paterne dei vescovi le persone miserabili, le vedove e gli orfani; le stesse raccomandazioni sono contenute in tanti concilii, e gli statuti, dopo di aver imposto ai consoli il rendere loro sollecita giustizia, quando divenne uso comune che la difesa delle liti fosse assunta da avvocati pagati dalle parti, istituirono gli avvocati dei poveri (6), e così questi, che pei pregiudizi di

(1) Statuto di Bologna, an. 1250, ed. FRATI, IV, 9; Statuto di Urbino, II, 36. Negli statuti di Biella del sec. XIV, ed. SELLA, c. 110, pag. 103: *consules litigantibus petentibus dare debeant advocatum*. Nello Stat. civ. di Firenze, 1415, II, 89, si prescrive ai magistrati di dare persona idonea e di obbligar questa a prestarsi quando uno dei contendenti è persona forense, cioè avvocato o procuratore e l'altro non trovi chi l'assista. E quello di Bologna, 1509, dispone che i contadini possano sempre farsi rappresentare, e ciò per non distrarli dai lavori campestri.

(2) Stat. Verona, 1318, II, 32; Piacenza, 1381, pag. 540.

(3) Stat. di Ferrara, 1566, VIII, 3.

(4) SALVIOLI, *Titoli al portatore nella storia del diritto italiano*, Bologna, 1884, pag. 144; LATTES, *Legisl. stat.*, pag. 260.

(5) Decreto del 1444, 1449 nelle Costit. di Milano, pag. 357. A Firenze erano avvocati e procuratori ammessi in tutte le cause mercantili non in quelle fra principali e discepoli e nelle controversie di società.

(6) BENINCASA, *De privilegiis paupertatis* nei *Tract. universi iuris*, XVIII, pag. 138; LEONCILLUS, *De privil. paupert.*, 1649; ALVAREZ DE VELASCO, *De privil. pauperum*, 1663; STRYCHIUS, *De iuram. paupertatis*, nelle

Digitized by Google

classe dei secoli passati erano esclusi dalla vita pubblica, disprezzati, dichiarati perfino senza onore, trattati con regime di eccezione, espulsi in occasione di carestie, non ammessi a testimoniare se non quando risultava la loro intemerata moralità, non ammessi ad accusare (a Napoli fino al 1775), viceversa ricevevano gratuita protezione nei tribunali e godevano di altri privilegi che erano press'a poco quelli del diritto romano, accettati dal canonico per es. esonero *a satisdatione*, scusa dalla contumacia, condono delle sportule: *eorum causae debent audiri gratis* (1): *causae pauperum dicuntur piae* (2): quindi discusse anche *tempore feriato in honorem Dei* (3).

L'avvocato dei poveri investito della difesa durante il giudizio e dell'assistenza nel periodo dell'espiazione della pena, appare negli stati di Savoia e Piemonte nel sec. XIV — e vuolsi che sia un giurista (4) — e nel Friuli Patriarca e Parlamento ogni anno nominavano un avvocato e due notai pei poveri (5). Al sec. XV l'avvocazia dei poveri è istituzione comune a tutte le città: Padova sceglieva nel collegio dei giudici di palazzo un avvocato e un procuratore giurista *animarum suarum amatores* per la difesa di quelli che il podestà dichiarava poveri, per le visite ai carcerati e per la distribuzione a questi delle elemosine. Provvedimenti analoghi trovansi a Vicenza 1426, Verona 1429, Venezia 1443, Ravenna 1450, e poi Lucca, Genova, Firenze, ecc. (6).

Dissert. iurid., vol. IV; NOVARIUS, *Pragm. regni neapol.*, pragm. 89; TUSCHUS, *Controv.*, voce *pauper*; PITTALUGA, *Avvocazia dei poveri in Alessandria*, 1884; PASINI, *Difesa del povero*, Perugia, 1904; LAZZARINI, *Avvocato dei carcerati poveri a Padova nel quattrocento*, negli *Atti e memorie dell'Accad. d. scienze, lettere e arti di Padova*, vol. XXVI, 1910. Per Napoli, vedi PESCIONE, *Corti di giustizia dell'Italia meridionale*, 1924, pag. 112, 267.

(1) DURANTIS, II, de secundo decreto, § 3, n. 8. Anche nel Rito alfonsino 176 le quaestiunculae pauperum siano udite gratis e senza avvocato: e pel Ritus M. Curiae, 19, l'avvocato dei poveri non doveva ricevere denaro, ma poteva difendere altre cause.

(2) BENINCASA, op. cit., qu. 5, pag. 145.

(3) Così secondo il dir. canon.: SCACCIA, II, c 5, n. 43.

(4) NANI, *Nuova ediz. d. Statuti di Amedeo VI*, 1379, c. 1.

(5) Constit. patriae Foroiulii, c. 156.

(6) Stat. di Padova, 1549, c. 6; Verona, 1582, II, 153; Vergate, ed. SELLA, c. 33; Vicenza, 1480, rub. de officio advocati et sindici pauperum et miserabilium; Statuti di Ravenna, ed. TARLAZZI, 1886, pag. 65; Constit. Patriae Foroiulii (1366-1368), ed. JOPPI, 1900, pag. 83; Statuti di Cesena, 1589, I, foglio 59: *tenebant advocati et procuratores patrocinium prestare*

Digitized by Google

Si usava affidarne l'incarico o ai capi dei collegi(1) o ai più giovani (2) o a speciali designati (3) o a turno o per sorteggio (3). In Sicilia l'obbligo di provvedere all'avvocato dei poveri era a carico delle comunità che dovevano retribuirlo a loro spese (5). Perchè di buon'ora si avvertì la necessità di farne un ufficio rimunerato dalla finanza pubblica, e così fece Milano fino dal 1396: e nel secolo XVI le leggi stabilivano il salario da corrispondersi.

13. A Roma l'avvocatura dei poveri fu ufficio inerente a uno dei più importanti collegi della curia apostolica, quello degli avvocati concistoriali, dal cui seno eleggevasi anche l'avvocato del fisco: in conseguenza l'avvocato dei poveri faceva parte della famiglia pontificia. Innocenzo III, che diede sistemazione a queste cariche, impose un giuramento agli eletti e affidò la difesa dei poveri a 24 procuratori o *patroni s. collegii apostolici*, scelti fra i difensori di Rota, con esame e ordinati nel sodalizio di S. Ivone o di S. Girolamo della carità. Pio V e Paolo V conferirono loro privilegi, come la liberazione dei carcerati per debiti, qualora il creditore non corrispondesse a questi il vitto (6). Volevasi (bolle di Martino V, 1417; Pio V, 1458) che fossero celebri dottori in legge, avessero letto per tre anni nell'Università di Roma, si distinguessero per moralità e dottrina (7). Più tardi Clemente XII,

---

viduis et pupillis, pauperibus, hospitalibus, religiosis mendicantibus et ceteris miserabilibus personis gratis; Forlì, 1615, II, 57; Cremona, 1578, c. 337. Pel Piemonte, v. Decreta ducum Sabaudiae, ed. 1586: Emanuele Filiberto, pag. 129.

(1) Così per le Constit. egidiane, ed. SELLA, II, 20, e per gli Statuti di Ferrara, 1566, XI, 13.

(2) Così per la citata Pramm. napoletana del 1780, c. 15.

(3) A Siena difensore delle cause dei poveri carcerati doveva essere il professore delle istituzioni criminali all'Università per una legge di Pietro Leopoldo del 1771, in CANTINI, XXX, 155.

(4) Stat. di Verona, 1582, II, 153; di Spalato, Stat. et leges civit. Curzolae, ed. HANEL, 1877, pag. 284.

(5) Pragm. M. Ant. Colonna de honor. advocat. et procuratorum, pag. 131; Pragm. di Giov. de Vega, an. 1558; Pragm. 1649, vol. Cesine, tit. 40.

(6) PLETTENBERG, *Notitia congregat. apost.*, pag. 531, de procurator. pauperum; VILLETTI, *Pratica della curia romana*, 1815, vol. II, c. 2; FANUCCI, *Trattato delle opere pie di Roma*, lib. II, c. 2 (del collegio dei procur. delle cause).

(7) CARTARIUS, *Syllabus advocatorum*, 1656; DE RUBEIS, *De s. concistorii aulae advocatorum origine*, 1657; id., *Defensor redivivus*, 1657, pag. 288.

Digitized by Google

1731, li elevò alla dignità di avvocati concistoriali e ne stabilì gli emolumenti (1), e Gregorio XVI ai poveri destinò « l'avvocato dell'inclito popolo romano » aggregato alla Camera capitolina. — A Napoli, per dispacci del 1746, 1748, 1749, l'avvocato dei poveri aveva gli onori e le prerogative dei ministri del re, e poteva rilasciare ai carcerati la cedola *pauper est* per ottenere il pane gratuito (dispaccio 7 luglio 1767). Come ebbe stipendio nel pubblico bilancio, non poteva pretendere compensi o sportule. Egli aveva ancora la facoltà di trattare le cause dei poveri con rito sommario.

14. Anche gli interessi del fisco, patrocinato nell'alto medio evo dagli *actores regii* e per la Chiesa di Roma dai *defensores*, ebbero pur difesa nell'epoca comunale dagli *advocati fisci* o *comunis* incaricati, oltre che di perseguire i rei, anche di incassare le multe e procedere alle confische (2). Dippoi le stesse funzioni sì criminali che erariali furono affidate agli Auditori in Piemonte e Toscana (3), ai Promotori fiscali a Modena (4), agli Avvocati della Corona in Sicilia (5). A Napoli con pramm. 1735 agli *auditores regii* fu dato incarico di difendere le cause del fisco, di visitare i carcerati, di *abilitare* i rei, cioè concedere ai debitori il beneficio di pagare a rate, di concedere il *recipiatur* e l'*exequatur* per le bolle pontificie e le scritture estere (6), di difendere la reale giurisdizione, cioè vegliare che la giurisdizione dei regi magistrati non fosse lesa dai prelati. Nello stato pontificio vi era l'avvocato generale del fisco, l'avvocato fiscale della Camera capitolina e del tribunale sanitario. Anticamente l'avvocato del fisco era anche

---

(1) De Luca, *Teatrum veritatis*, relatio Curiae rom., disc. 46, c. 2, § 5, n. 106.

(2) Stat. di Pistoia, 1296, ed. Zdek. I, 11, 13, 38; II, 27; IV, 80; Biella, I, pag. 38.

(3) Statuti di Amedeo VIII, ed. Buraggi, I, 2, c. 59.

(4) Costituzioni di Francesco III, 1771; di Francesco IV, 1815.

(5) Siculae Sanctiones, I, 217; Pragm. sicul. de reform. tribun., an. 1559. Un decreto del 1774 dice che l'avvocato della Corona deve difendere le regie disposizioni, gli interessi della Corona, il sollievo dei popoli, il bene pubblico; v. Gatta, *Reali dispacci*, VI, 620.

(6) Pragm. de officio Secret., de officio R. Camerae S. Clarae; Pramm. 2 de offic. conservatoris r. patrimonii, an. 1420; Pramm. an. 1436, de rescriptis r. patrim.; Toppi, *De origine tribunalium*, ecc., vol. I, pag. 14; II, pag. 5; e Pescione, cit. pag. 110, 121, 152.

Digitized by Google

promotore della fede, ma Benedetto XIV fece di questo un ufficio speciale [1]. Gli avvocati fiscali erano scelti fra gli avvocati del s. concistoro: i procuratori fiscali fra i giureconsulti addetti al foro.

---

[1] Colla Bolla *inter cospicuos*, nel Bullarium di Benedetto XIV, vol. I, pag. 354. Anche la Fabbrica di S. Pietro aveva uno speciale procuratore fiscale.

Digitized by Google

CAPO V.

Il processo civile fino al sec. XVIII

§ 1. *Il processo scritto.*

1. I caratteri principali distintivi del processo civile quale si sviluppò nel corso del secolo XIII sono: aumento delle formalità, sostituzione della scrittura all'oralità. D'allora il processo fu costituito da una serie di atti rituali, metodici, consecutivi, sempre verificabili, e l'obbligo della scrittura si impose quasi per avere la certezza del loro adempimento. Le leggi procedurali furono chiamate rito, perchè la stessa esteriorità propria degli atti del culto predominava nei tribunali e li obbligava all'osservanza. La forma annebbiò la sostanza, la rappresentazione pregiudicò alla ragione: e così si andò incontro al pericolo che il giudizio in ossequio alla forma legale dimenticasse la realtà e che il complicato meccanismo del rito impedisse il trionfo del diritto.

Tale trasformazione attuatasi lentamente fu il prodotto di diversi agenti: una mentalità ancora semplice amante del solenne, l'abitudine delle genti medievali di rivestire ogni cosa con apparenze sensibili, pratiche tradizionali ereditate dal mondo barbarico ed altre introdotte da consuetudini dei giudizi ecclesiastici. Quell'influenza notevole, anzi preponderante, che ebbe la procedura della Chiesa nella formazione del rito italiano, che poi divenne il rito dell'Europa centrale, realizzò molte cose buone e altre non scevre da difetti. Fra queste deve collocarsi l'incremento che la Chiesa diede al formalismo colla preoccupazione sua sulla fragilità umana e colla diffidenza sospettosa verso i giudicanti, così assidua da sottoporre ogni libertà di apprezzamento a regole astratte, ogni movimento a un rigoroso cerimo-

Digitized by Google

niale, nella fiducia che l'osservanza di quelle e di questo dovesse condurre più facilmente alla conquista della verità materiale.

La fede nell'autorità e la pretesa della scolastica di disciplinare tutti gli atti umani indussero a ritenere che quanto era fuori della regola fosse prodotto di arbitrio e di impulso passionale e che quello che noi chiamiamo convinzione morale fosse illusione. In tale principio stette racchiuso quello che poi si disse il sistema delle prove legali nonchè lo schematismo di regole astratte impedienti ogni libera valutazione delle idee viventi nelle leggi e nelle consuetudini, e vincolanti giudice e parti sotto un reciproco controllo. Pur anco con tali difetti il procedimento canonico corresse e superò gli istituti procedurali romani, nei quali le parti erano in una situazione passiva davanti al giudice che indagava, dirigeva e prescriveva quello che dovevano fare e non fare, escluse da ogni collaborazione e anzi trattate come elemento nemico: egli era investito dei più estesi poteri di cognizione. In quel ravvicinamento, e non fusione, dei due sistemi procedurali, il romano e il canonico, che avvenne nei tribunali d'Italia, la procedura realizzò un progresso, compì i più svariati esperimenti e trasmise ai tempi moderni insegnamenti preziosi che il codice francese per primo raccolse.

2. Nei giudizi del periodo barbarico le domande dell'attore e le risposte del convenuto erano presentate a voce: si era così spezzata la consuetudine diffusa negli ultimi tempi dell'Impero che il libello introduttivo della lite e quello di appello fossero presentati in iscritto, quantunque poi la discussione fosse orale: i protocolli erano la base della cognizione: sulle relazioni dello *scriba* cui spettava *acta conficere* (1), il giudice pronunziava la sentenza. Il sistema romano della scrittura non andò perduto perchè l'assunse e lo conservò la Chiesa pei suoi giudizi, ove dopo che la citazione era avvenuta, le parti si scambiavano un *libellus reclamationis vel postulationis* (2). Le accuse dovevano essere for-

(1) Sul *libellus conventionis* e *appellationis* vedi § 24, Inst. de action. IV, 6; l. 3, Cod. de ann. exc., VII, 40; Nov., LIII, c. 3; Nov., CXIII, c. 2; l. 1, § 4, l. 3, pr, § 1-3; l. 13, pr. Dig. de appell., XLIX, 1; l. 14, Cod. de appell., VII, 62. — Vedi BRUGI, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis* nel vol. *Pel cinquant. anno di insegnamento di Pepere*, Nap., 1900; *Il nome dell'azione nel libello*, Catania, 1903; CHECCHINI, *Studi sull'ordinam. processuale romano e germanico*, Padova, 1925, pag. 51.

(2) c. 1, X, de libell. oblat., II, 3.

Digitized by Google

mulate *in scriptis*, col *vinculum inscriptionis*: l'accusatore *scribat se probaturum* (c. 1-3, C. II, qu. 8). Dopo di aver presentato in iscritto l'accusa se ne faceva la conferma a voce, e Graziano (id.) insegnava il *modus concipiendorum libellorum* togliendolo dalla pratica romana. Cosicchè la dottrina canonica era così stabilita: l'attore deve presentare scritto il libello: il giudice non deve ammettere l'attore a litigare se prima non presenta il libello *in scriptis*. In un Concilio del sec. IX sotto Incmaro si era ordinato: *Legum ecclesiasticarum authoritas talis est ut in causis gestorum semper scriptura requiratur* (c. 9, C. II, qu. 1). E quindi nulla di nuovo aggiungeva Innocenzo III quando prescriveva che in ogni giudizio vi fosse un notaio o due uomini idonei per scrivere gli atti del giudizio, che in vista dell'appello si prestasse fede solo a quanto risultava *per acta vel alias per legitima documenta* (c. 11, X, II, 9): ed elencava gli atti da compilarsi in iscritto. Anche se le parti avevano formulato a voce l'azione e le eccezioni, le rinuncie e le conclusioni, il notaio doveva redigere un documento, notando anche le deposizioni dei testi e la presentazione delle carte: *et sic conscripta partibus tribuantur quod originalia penes scriptores remaneant, ut si super processu iudicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari*. La *cognitio* era così basata sullo scritto, e da ciò si traeva la conseguenza sì importante per le prove e che ne costituiva la norma fondamentale: il giudice decida *secundum acta et probata*. Era così prescritta la forma da usarsi nella discussione.

3. Nei più antichi proceduristi l'obbligo della scrittura non appare ordinato in modo assoluto. Bulgaro dice soltanto: *iudex... sedens, scribens, de scripto partibus recitans*, ecc. (1); per Damaso l'*oblatio libelli* è necessaria *secundum leges*, non *secundum canones*, e poi le parti vi possono rinunziare (2). Ma Pillio (I, 1 e 2) e Tancredi (II, 8) scrivono come se nella pratica fosse entrata l'*oblatio libelli*, e in Giovanni Faxioli, che scrisse nel sec. XIII, leggesi: *Hodie generaliter in omni causa libellus offertur* (3), e così era, come risulta da Durante che diede le più particolareggiate istruzioni agli avvocati per mettere in iscritto le domande, le risposte e

(1) *De iudiciis*, negli *Anecdota* di WUNDERLICH, pag. 21.

(2) *De ordine iudic.*, tit. II. Cfr. RICCARDUS. ANGLICUS, ed. WITTE, p. I, v. 10; p. 2.

(3) IOAN. FAXIOLUS et BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *De summaria cognitione*, ed. BRIEGLEB, 1843, pag. 14.

Digitized by Google

gli atti tutti della causa [1], istruzioni e formole che poi trovansi in altre opere [2].

Al sec. XIII l'obbligo della scrittura cominciò ad essere consacrato nelle leggi dei Comuni italiani: le più antiche disposizioni si riferiscono all'obbligo fatto al giudice di tenere un registro delle cause, col nome delle parti [3]. Nell'Italia meridionale la scrittura fu richiesta solo da leggi di Federico II (II, 24). A Venezia *de consuetudine Veneciarum* nemmeno gli atti introduttivi della lite erano fatti in iscritto [4]: e in generale per le cause sommarie e di modico valore durò a lungo il sistema di un procedimento completamente orale [5]. L'introduzione dello scritto contribuì a rendere artificiosa la procedura e ad eternare le liti; ma nello stesso tempo il giudizio guadagnò in certezza: il campo di cognizione venne precisato, e al giudice fu imposta la regola di stare agli atti, perchè *quod non est in actis, non est in scriptis, non est de hoc mundo.*

§ 2. *La posizione del giudice.*

4. Ma alle parti è lasciata la libertà più ampia, e davanti alle loro manovre il giudice non può intervenire: la sua passività vizia il processo, nel senso che l'intera materia della cognizione giudiziaria e il contenuto del processo dipendono da quello che è a lui presentato dagli scritti raccolti dal notaio o cancelliere. Il processo si svolge col presupposto di sfiducia verso il giudice e che il suo intervento sia solo diretto a favorire o l'uno o l'altro dei contendenti. Tale limitazione della sua attività era ancora imprecisa nel pensiero di Bulgaro (§ 9) quando scriveva: *iudex examinet, saepius interroget, postea pronuntiet*; invece Durante ascriveva alle parti le più larghe facoltà e circondava di riserve

(1) II, 1, de act. seu petit., § 1, 2; II, 1, de libel. oblat.; IV, 1, de libel. concept.

(2) Per es. in BONAGUIDA, II, 1-25; in LANFRANCO DE ORIANO; nella *Practica papiensis*; nel *Proces. iudic.* del PANORMITA, ecc.

(3) Stat. di Vercelli dal 1241 al 1335, pubbl. da G. ADRIANI, 1877, pag. 365.

(4) BERTALDUS, *Splendor Venetorum civitatis consuetudinum*, ed. SCHUPFER, 1895, c. 2, pag. 8.

(5) Stat. di Modena, 1327, II, 3.

Digitized by Google

i poteri del giudice (1). Alla massima romana *ne eat iudex ultra petita* diede la pratica romano-canonica interpretazione più limitativa, poichè, mentre il giudice romano pur restando entro i termini della formola, cioè in quello che era dedotto *in iudicium*, decideva secondo il suo apprezzamento e non giusta la formale espressione del *petitum*; quella pratica diede a quella massima il significato che il giudice fosse legato formalmente e per ogni singolo atto alla domanda della parte (Clem., 2, V, 11).

Quali siano i diritti e i doveri del giudice emergerà dalla parte che la pratica gli assegnava nella interrogazione dei testi e nella valutazione delle prove. In testa al suo diritto giudiziario la Chiesa pose questa massima: *Bonus iudex nihil ex arbitrio suo facit... sicut audit ita iudicat* (2). Queste parole furono intese nel senso che si dovesse dare al giudice norme per regolare la sua condotta e la sua convinzione: esse contenevano il germe della dottrina poi elaboratasi attorno agli *allegata et probata*, a cui devesi attenere strettamente la sentenza, riducendo la libertà del giudice. Graziano che accolse questa massima la svolse nel senso che la convinzione deve formarsi sopra fatti chiari, noti, aperti, escludendo l'arbitrio, l'impressione (3). I *motus animi* devono rispondere a uno stato di coscienza formatosi sopra i fatti risultati dalla libera discussione fra le parti. Esplicitamente Graziano escluse lo *scire per se* del giudice. Ciò che egli sa, i suoi sospetti non l'autorizzano a condannare: occorrono testimonianze idonee: per es. non meno di due testi (4): nel dubbio assolva (c. 7, C. XI, qu. 3): anche una parte di vero non può indurre piena convinzione (c. 13, id.). La sua dottrina fece testo: la seguirono i Decretisti condannando la volontà arbitraria del giudice e vietando sentenziare sulla sola base dello *scire per se*, dovendosi raccogliere

(1) I, de teste, § 1, n. 67: *debet secundum allegata et probata procedere*; II, de disput. et alleg., § 7, n. 7: *non potest supplere in his quae novit ut privatus*; *non potest supplere de facto*; II, de actione seu petit., § 4, n. 8: *potestas iudicis non extenditur ultra libellum*.

(2) Parole di S. Ambrogio in can., 1, C, III, q. 7.

(3) Vedi SALVIOLI, *Note per la storia del procedimento criminale*, negli *Atti e memorie dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, volume XLV, 1918, ove si respinge l'opinione di GROSS (*Beweistheorie in kanon. Process*, I, 125) che nelle prove l'*arbitrium* del giudice fosse preminente.

(4) c. 2, C. XV, q. 5; c. 3, C. IV, q. 1; c. 8, C. XXXIII, q. 2.

Digitized by Google

prove in tutti i casi, anche nei *crimina manifesta* e in quelli *nota iudici*. Lo *scire per se* è equiparato al caso di giudice e parte: *dum accusationis persona assumitur, iudiciaria potestas amittitur* (1). Sempre si deve procedere coll'*ordo iudiciarius* anche nei casi manifesti, escludendo così l'arbitrio del giudicante e la possibilità che giudichi per impressioni o per sua scienza, che può essere frutto di autosuggestioni (2).

Questi precetti erano correlativi all'obbligo della scrittura e poi al diritto di revisione della sentenza accordato alla parte condannata, revisione che avveniva sui verbali del processo.

Tutta la procedura romano-canonica fu determinata dal principio di circondare di cautele l'attività del giudicante legandolo a tante formalità e rendendo impossibile il *scire per se* e il *iudicare secundum conscientiam* (3). La sentenza riassumerà l'accusa, le prove, le contradeduzioni, in modo che sia chiaro nessuna impressione soggettiva avere influito sul giudicante (4).

La questione della posizione del giudice davanti alle parti fu agitata dalla scuola di Bologna, e le opinioni si divisero: alcuni furono per la libertà in modo che il giudice possa sentenziare *secundum conscientiam ut Deus*, altri la negarono (5). Le dispute continuarono, e se ne ha l'eco tanto nelle Glosse ai libri legali, quanto in quelle al Decreto e alle Decretali, appunto sotto l'impero della scolastica che voleva disciplinare la materia degli indizi e delle presunzioni (6). La tesi prevalente fu che il giudice

---

(1) *Summa Paucapaleae*, ed. SCHULTE, pag. 58.

(2) *Summa Stephani Turnacensis*, ed. SCHULTE, 1891, pag. 163, 170, 158, 195, 197.

(3) *Summa Rufini*, ed. SINGER, pag. 275. E nelle Decretali: *iudex discretus atque circumspectus motus animi sui ex argumentis et testimoniis quae rei aptiora esse compererit, confirmabit*: c. 27, X, II, 20.

(4) c. 15, X, II, 13; c. 6, X, II, 9; c. 14, X, II, 27.

(5) Nella Glossa *veritas*, ad l. 6, Dig. I, 18, si parla di una disputa fra Martino e Giovanni Bassiano. Martino era per la convinzione intima; Giovanni voleva che si attenesse solo agli *alleg. et probata*; e questa tesi accoglie Accursio.

(6) Cfr. Gloss. ad c. 68 e 73, C, XI, q. 3; ad c. 66, de consecr., dist. II; ad c. 10, C, XXX, q. 5; ad c. 4, § 1, C, III, q. 7: *Iudex debet sequi suam opinionem quam consilium aliorum? Tenetur sequi suam opinionem non suam voluntatem. Secundum H(ostiensis) delegabit causam si conscientia non concordat allegatis... sed secundum alios potest determinare allegata quia aliud facit aliquis in eo quod est iudex, aliud in eo quod est homo. Iudicare potest secundum conscientiam quam habet ut iudex non ut homo.*

Digitized by Google

deve giudicare secondo la coscienza che ha come giudice non come uomo (ad c. 1, in VI, II, 14): deponga la sua coscienza privata *et se confirmet actis iudicialibus*: e ciò perchè *iudex debet credere et semper gerere in mente quod diabolus fecit sibi illam conscientiam privatam et quod opposuit sibi phantasmata quae tamen vera non sunt* (id.). Più fondata era la giustificazione data da un'altra Glossa che riguarda anche lo *scire per se*: il giudice è pubblico ufficiale e deve sentenziare su quello che gli consta in tale qualità (id.). Nello stesso senso decide Biagio da Morcone (pag. 303).

5. La posizione fatta al giudice doveva fatalmente condurre alla dottrina delle prove legali, davanti alla quale si arrestò la Glossa, e ancora non formulata dai proceduristi più antichi. Pillio era ancora legato alla tradizione romanistica e ammetteva che *confirmabit iudex ex motu sui animi quae aptiora et proximiora compererit* (1). Ma Durante (II, de prob., § 3) e poi Bartolo e Baldo dettarono la formola definitiva che non si deve giudicare *secundum conscientiam* ma *sec. alleg. et prob.* (2). Tutto si deve scrivere, dice Bartolo: il giudice deve stare agli atti e agli scritti (3): solo il papa e l'imperatore possono giudicare *sec. consc.* (4) e *in extraordinariis et voluntariis* (5). E Baldo ancora più decisamente: *Si iudex dicat: secutus meam conscientiam ita pronuncio: non valet* (6), perchè deve sentenziare *secundum allegata et probata.*

Dopo queste affermazioni dottrinali, nulla fu più mutato (7): soltanto la pratica aveva ammesso una speciale *clausula* detta *cl. salutaris* così concepita: *Desuper implorando nobile officium iudicis ut suppleat si quis melius peti aut potuisset aut debuisset.* Nasceva in tal caso una facoltà arbitraria assegnata al giudice o dallo statuto o dalla domanda stessa dell'attore così concepita: *Prout tibi videtur, tuae discretioni: alte et basse, secundum sensum,*

---

(1) P. III, pag. 56, 66, 70. Così anche TANCREDUS, pag. 244, 266.

(2) *Comm.* alla l. *veritas*, 6, Dig., I, 18.

(3) l. eos qui, § super his, n. 2, Cod., VII, 62; l. properandum, n. 6, Cod., III, 18; § si tibi quoque, Auth. Coll., III, n. 6 (vol. VIII, pag. 80; VII, pag. 94; IX, pag. 16).

(4) l. 1, Cod., II, 11 (vol. VII, pag. 81).

(5) l. bonorum, Cod., VI, 9 (vol. VIII, pag. 45).

(6) l. si verum, Cod., VII, 49 (vol. VIII, pag. 18).

(7) Cfr. LANFRANCUS DE ORIANO, *De probation.*, c. quoniam contra, n. 62, e SCACCIA, lib. I, c. 80.

Digitized by Google

secundum appetitum, secundum liberam voluntatem (1): e allora il giudice poteva prescindere dalle formalità, attenersi al diritto naturale e all'equità, e in tal caso non era giudice ma amichevole compositore. Questa facoltà era diversa da quella che gli veniva dalle leggi criminali per l'applicazione della così detta pena arbitraria, quando la legge stessa gli assegnava tanta latitudine da poter discendere dalla pena grave e applicare la più mite.

Ma ecco nel civile una consulta del Maggior Consiglio Veneto, 1328 (*Leggi crimin.*, 1751, pag. 16) che altera le comuni norme. « A ovviare malizie e iniquità che distruggono i patrimoni, i giudici davanti a contratti illeciti e fraudolenti *pro sua conscientia debeant procedere considerata non scriptura sed qualitate facti*, pronunziando *alte et basse sicut eis videbitur bonum atque iustum.* E questa legge doveva esser loro letta ogni settimana almeno, perchè così la tenessero in mente ». Davanti a contratti infetti di pravità usuraria, il giudice acquistava piena libertà di apprezzamento, e Leotardo nel suo trattato *de usuris* dichiara che all'usuraio nessuna difesa di diritto deve essere accordata, dovendo il giudice soltanto *Deum prae oculis habere.*

Fuori di questi casi valeva la regola generale. Si avverta che la questione, detta grave e celebre, aveva interessato anche i teologi-moralisti, a cominciare da S. Tomaso (2), fino ai probabilisti (Soto, Lessio): essi propendevano in favore della coscienza. Criterio pericoloso, che non fu accolto dai civilisti, che, seguendo Bartolo, il semidio, come lo chiamava Giasone del Maino, concludevano: *secreta coscientia de sinu iudicis et de secretis pectoris ipsius non debet proficisci sed de utero et sinu legis.* Il giudice, qualora è convinto della falsità dei testi e sa di condannare un innocente, è ministro del diritto, che può però temperare, riducendo

(1) Su quest'argomento MENOCHIO scrisse un trattato *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, due libri. L'ed. di Milano, 1602, e quelle posteriori di Ven, 1605, Colonia, 1615, 1628, Ginevra, 1630 e 1670 sono completate da un'indagine sopra molti statuti italiani.

(2) Anche S. Tomaso vuole che il giudice si attenga solo agli *allegata et probata* (*Summa*, 22, q. 64, art. 6, ad 3). E i commentatori così spinsero l'osservanza a questo precetto, che se il giudice sa i testi essere falsi, rinunzi al giudizio e lo invii al superiore; se non può farlo, non pecca *ferens sententiam secundum allegata et probata*, perchè non lui ma i testi falsi condannano l'innocente.

Digitized by Google

la pena. Tale è ancora la dottrina al sec. XVI: Scaccia scrive: solo papa e imperatore possono giudicare secondo coscienza (1).

§ 3. *Le azioni: il giudizio di iattanza.*

6. Si è già osservato come la dottrina abbia rispettato la terminologia processuale romana, e ciò si avverte specialmente a proposito dei nomi delle azioni, ad ogni obbligazione o fatto facendo corrispondere una data azione. Certo, come si dirà, non erano invalidi gli atti se non si riferivano a un *nomen actionis*, ma basterà scorrere gli indici o mantisse a Bartolo e a Baldo o il Repertorio di Bertacchini per vedere quale uso ne facessero scuola e foro. Ma in prosieguo di tempo quella e questo si scostarono dalla rigorosa nomenclatura conservando solo qualcuna delle più tipiche: *actio redibitoria, rivendicatoria, paulliana, mandati*, ecc. Ma nello stesso modo che nel diritto romano classico man mano che si concedevano azioni, esse passavano nel linguaggio giuridico con un dato nome, così avvenne nella pratica italiana, che quando il diritto canonico o il municipale ammettevano nuovi titoli per invocare l'intervento degli organi giudiziali, si battezzarono quelli coi nomi da cui traevano origine: così per es. si ebbe l'*actio ex sententia arbitrorum, ex forma statutorum, ex pacto nudo, ex iuramento*, da sentenza non confermata, *ex consuetudine formiter inducta* (2). Poi accanto alle *actiones nativae* sorse una categoria di *dativae*, con tanta elasticità da dirsi: *actio formatur quando nova forma ei datur* (3), e un'azione nasce dalle sole prove (4). Ma nelle *Pratiche* del sec. XVII la semplificazione era già raggiunta, conservandosi solo quei nomi che si riferivano alla natura dei diritti o ad alcuni dei diritti più frequentemente contestati: dal che nemmeno si sono allontanati i codici moderni, sebbene le azioni siano tante quante sono le norme che possono attuarsi.

7. Una rilevanza storica speciale hanno le azioni di accerta-

(1) SCACCIA, *De sententia et re iudic.*, 1639, pag. 315, 320.

(2) BARTOLUS, l. 1, Cod. de arbitr., vol. VII, pag. 88; per patto nudo, l. 1, Cod. de const. pec., VII, pag. 124; dal giuramento, l. si quis pro eo, Dig. de fideiuss., VI, pag. 95; da sentenza, l. furti, Dig. de his qui notant, I, pag. 99; per consuet., l. 1, n. 13, Dig. de publicis iudic., VI, pag. 138.

(3) BARTOLUS, in l. iuris gentium. Dig. de pactis, I, pag. 81.

(4) Id., l. sed et si possessori, Dig. de iure iur., II, pag. 24.

Digitized by Google

mento intese nella dottrina antica coi nomi di *processo provocatorio*, *processo di iattanza* o *di diffamazione*, che la dottrina volle fondare sopra testi romani, cioè sulla l. *diffamari* (l. 5, Cod., VII, 14) e l'altra *si contendat* (l. 28, Dig., XLVI, 1), che però erano fraintesi, mentre vi erano altri testi che meglio si prestavano a fondare rimedi processuali con effetti di accertamento. La l. *diffamari* riguardava un giudizio sulla libertà del cittadino: chi lo diffamava era invitato a sostenere che è servo o ad astenersi da tale affermazione: quella *si contendat* autorizzava il fideiussore a provocare il creditore *ad agendum* per poter far valere l'eccezione di divisione dell'azione. Invece la pratica nostra diede alla *provocatio* altra efficacia, ammettendo un diritto in colui contro il quale altri vantava pretese, di chiedere al giudice che fissasse un termine perchè si liquidassero in giudizio tali pretese, e in mancanza ordinasse a chi le vantasse perpetuo silenzio (*impositio silentii*). La stessa facoltà era accordata al convenuto quando l'attore non proseguiva il giudizio: il citato lo poteva proseguire per suo conto ed ottenere l'assoluzione; oppure se l'attore indugiasse per attendere il momento *quo reus probationibus careat*, il giudice gli doveva fissare un termine ad agire. In tale giudizio detto *provocatorio*, il convenuto si liberava da un'ingiusta provocazione; e nello stesso tempo l'autorità aveva modo di investigare se esisteva crimine da perseguitare *ex officio* (1). Molto uso se ne fece nel Napoletano, ove ogni debitore poteva *prevenire* il creditore, prima della scadenza, asserendo la promessa fatta per dolo, errore o violenza, o il denaro non numerato o essere avvenuto pagamento o compensazione (Ritus, 168). Ferdinando I intervenne con una Pramm. *de praeventione moderanda*, rinnovata nel 1738, che ordinava pene e deposito del denaro, se la prevenzione appariva calunniosa. Era ancora uso che il debitore chiamasse i creditori in giudizio o colla cessione dei beni o colla deduzione del patrimonio, e che chi aveva pretese su eredità, chiedesse al suo giudice *deduzione di eredità*, onde

(1) BALDUS, ad l. diffamari, e ad l. 5, Cod. de ing. manum: *diffamare est ad iudicium vocare*; ARETINUS cit. E sull'indugio nel provare v. INNOCENTIUS IV, ad c. 5, X, qui filii sunt legit.; MUTHER, *De origine proces. provocat.*, 1853; Id., *Diffamationsklage* in *Jahrbücher d. gem. R.* di BEKKER, II; WEISMANN, *Festellungsklage*, 1879, pag. 40 e segg.; TOMASONI, *Processo provocatorio per diffamazione*, 1854.

Digitized by Google

tutti i creditori come prevenuti dovevano presentarsi a quel giudice (1).

A Venezia era antica consuetudine che chi doveva intraprendere navigazione per ragione di traffico, potesse interpellare gli aventi pretese di credito perchè agissero, e non ottemperando entro dato termine, era prosciolto da ogni molestia (2).

Nelle altre regioni, se tacevano le leggi, i giudizi di iattanza avevano corso egualmente perchè ammessi per diritto comune (*processus iactationis* della Rota romana): e fu così che essi passarono nelle leggi moderne e nei codici italiani del sec. XIX. Infatti rimasero in vigore fino al Codice vigente che li abolì (3).

§ 4. *Gli atti preparatori: il libello.*

8. Il procedimento, secondo gli statuti antichi, si iniziava regolarmente col libello e la citazione, straordinariamente col bando (4), cioè nel caso di rappresaglie, di arresto contro fuggiasco o in vista di strumenti esecutivi. Le formalità ordinarie consistevano nella *petitio* e *aditio iudicis*, nella *citatio*, nella *libelli oblatio*, atti dalla dottrina chiamati *praeparatoria de substantia* (5), di origine romano-canonica, con alcune modificazioni portatevi dalle pratiche locali. Il libello si dava a Roma tanto nelle cause di giurisdizione volontaria che contenziosa: nella legislazione giustinianea aveva preso il posto della *editio actionis*: ma non si erano stabilite norme in proposito: soltanto doveva essere formato da un *tabularius* (Nov., 112, c. 2) e accompagnato da cauzione (id., 96, c. 1). Poi coll'*Auth. offeratur* (Cod., III, 9) gli furono assegnate proprie norme e fu reso obbligatorio. Graziano l'adottò (c. 3, Dist. II, qu. 3). Facilmente si comprende come le curie ecclesiastiche, ove tutto il procedimento era scritto, imponessero il

(1) Pragm. 18, § 3, n. 11 e 12, de ordin. iudic.

(2) Iudicia venet., 26, 73, in PITZORNO, *Consuet. giud. veneziane*, 25.

(3) Regol. pontificio, 1834, § 1428; Cod. estense, 1852, art. 278; sardo, 905; austriaco pel Lombardo-Veneto, 1815, § 61; MANCINI, *Commento al Cod. di proc. sardo*, II, n. 21, ne mise in evidenza gli inconvenienti, e sopra le sue critiche il giudizio di accertamento scomparve dal Cod. nostro. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 169.

(4) Stat. di Ascoli Piceno, 1377, II, 3 (ed. 1910); Perugia, ed. AZZI, II, 4; Const. dei Consoli del placito di Siena, ed. ZDEK., c. 38.

(5) DURANTIS, II, de praepar. iudic.; BALDUS, in addit. ad Specul.

Digitized by Google

libello, e che poi i papi ordinassero che ad esso non si potesse rinunziare, salvo che nelle cause spirituali e sommarie (c. 1, X, II, 3). I canonisti si occuparono molto del libello e ne allestirono schemi e modelli, insistendo più sulle parole rituali che sulla consistenza dell'azione, obbedendo a quel meccanico scolasticismo che voleva dare ad ogni azione un nome e a questo intestare il libello: donde le discussioni se il libello aveva il giusto nome dell'azione a cui si riferiva (1).

Ebbe tutto il favore dei primi giureconsulti bolognesi, i quali basavano ogni lite su un'*actio* che doveva essere formulata nella *petitio* (2). Si è già visto (parte I) come la tradizione giudiziaria italiana del medioevo sia rimasta fedele al concetto delle *actiones* romane e le carte del secolo XII parlano di *actio directa in factum*, ecc. (3). Più ancora se ne parlava nelle scuole, e i nostri proceduristi antichi identificavano *actio* e libello nel senso che la *libelli conceptio* doveva rappresentare la *actionis editio* (Pillius, I, 3). Non si poteva presentarsi a magistrato se non coll'*actio* indicata nel libello. Lo stesso Bertaldo nella sua esposizione delle consuet. venete (pag. 14) si riferisce all'azione nel senso della scuola: e Durante conclude sul necessario consenso fra l'*actio* indicata nel libello e quella riconosciuta o respinta dalla sentenza (4). Anche il libello coll'indicazione dell'*actio* era richiesto nei casi in cui il giudice procedesse *ex officio*, o colla forma dei *monitoria*, cioè con quei provvedimenti emessi colle parole: *si te gravatum senseris, compareas tali die iustitiae complementum recepturus* (5). Durante annovera 50 casi in cui il giudice poteva emettere sifatti ordini o mandati, che più propriamente appartengono al processo esecutivo (*praeceptum sine cognitione causae*). In quell'*indiculus commonitorius* vi era il riferimento all'azione, e,

(1) A queste discussioni si riferisce il Conc. later., 1179, c. 6, X, de iudiciis, II, 1: *provideatis ac ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur sed simpliciter et pure*, ecc.

(2) ODOFREDUS, *De ordine iudiciario*, n. 6 e 18, nei *Tract. univ. iuris*, III, 1; *De libellis formandis*, id., III, 2.

(3) an. 1112, Pisa: *refutationem fecit de omni iure et actione*: MURATORI, III, 1116; an. 1196: *advocati proponant rei vendicationem directam*; FICKER, n. 192; an. 1197, id., n. 199, si parla di *actio directa, in factum, ex stipulatu, praescriptis verbis*, di *condictio ex legibus, ex privilegis*, ecc.

(4) II, 1, de officio iudicis; IV, 1, de libelli concept.

(5) MARANTA, VI, in v. fertur sententia; MANDOSIUS, *Tract. de monitoriis*, Ven., 1576 e nei *Tract. univ. iuris*, t. III vol. IV.

Digitized by Google

per usare le parole dei pratici, dicevasi: *officium proponitur in modum actionis*, ed era, per es., quella dipendente da contratto di locazione, di restituzione di indebito, ecc.

Il libello era dunque un atto scritto, firmato dall'attore, presentato *in iudicio, iudice sedente*, cioè mentre il giudice era in tribunale, nelle ore di udienza, nell'esercizio cioè della sua carica (mentre al *delegatus* che non aveva sede fissa poteva consegnarsi in qualunque luogo: Tancr., I, 2). Atto solenne, non diverso da quella *actionis editio* ottenuta *per rescriptum principis ad praeces alicuius* (Pill., I, 6), e quindi distinta dalla *petitio qualis qualis*, cioè da quella breve narrazione del fatto, scritta solo *apud acta* nelle cause piccole e sommarie, a cui accenna la *Practica papiensis* di P. Ferrariis (pag. 13). Doveva contenere il fatto, il diritto, la conclusione, la petizione (1). Alciato lo definiva un sillogismo (2). Però la pratica diceva che potevasi anche sommariamente comporre così: *Deo et vobis conqueror de A.* senza esprimere la *causa intentionis* (3).

9. Al tempo dei glossatori il libello era divenuto di uso comune (4): si diceva: l'attore deve dare al convenuto occasione *ut deliberet utrum velit cedere aut contendere*. L'attore iniziava così la procedura con una *querimonia* detta a Roma *peticio*, a Bologna *reclamatio* (5), che veniva scritta dal notaio del Comune nei protocolli: *antequam pronuntietur contra conventum vel antequam commictatur causa vel exbanniatur vel tenuta detur*: — e faceva deposito per le spese (6). Dopo di che il giudice lo consegnava al messo

(1) PILLIUS, I, 3; TANCREDUS, II, 13.

(2) *Compendium iudiciarii processus*, Col. 1536, pag. 16.

(3) *Libellus de praeparatoriis litis*, nella *Biblioth. iuridica m. aevi*, III.

(4) Cfr. IRNERIO, in Auth. offeratur, Cod., III, 9; INCERTI, *Ordo iudic.*, an. 1170, ed. GROSS, 1870; AZONIS, *Summa*, Cod. de lit. cont., pag. 50; Lectura ad Auth., pag. 22, 183; ODOFREDUS, *Lect. super Auth.*, pag. 28; e 252: HUGOLINUS, *Dissens. dominor.*, § 244, pag. 49; ROGERIUS, id., § 32, pag. 95. ed. HAENEL.

(5) *Summa libellorum*, di B. DORNA (*Quellen z. Gesch. d. roem. kanon. Processes*, 1905, pag. 3): *Libellus Romae dicitur petitio: Bononiae vulgo reclamo, sive reclamatio*. E così è chiamata nello Stat. di Ascoli, 1377, II, 4 (ed. SELLA e ZDEKAUER, 1910).

(6) Constituto dei consoli del Placito di Siena, ed. ZDEKAUER, 1890, n. 6; Stat. di Pistoia, 1296, ed. ZDEK., II, 1: *iudex recipiat quaerimoniam conquerentis et eam faciat scribere in quaternis. Et porrecta petitione sive querimonia in continenti per nuntios Com. faciat expensis actoris citari reum*. Stat. Pietro II, c. 2; Brescia, 1313, III, 59; Crema, 1388, c. 275, 427; Milano, 1396, VII, 35; Pesaro, 1531, II, 65.

Digitized by Google

del Comune, e così *citabit reum mittens cum literis suis eundem libellum* (1).

I canonisti non erano alieni di concedere che lo stesso attore potesse consegnare al convenuto il libello (2), il che non era conforme ai canoni (3). Conciliò Durante le due tesi, proponendo che al convenuto si desse copia, restando l'originale al giudice (IV, 1, de libel. concept., § 8): ma si notava che, oltre il pericolo di alterazione (4), vi era quello che il convenuto negasse averlo ricevuto (5). Più giustamente notavasi che con tale consegna diveniva atto privato, extragiudiziale, soggetto a frodi e a raggiri a danno di convenuti inesperti (6). Quindi prevalse il sistema che la consegna fosse atto del giudice, e il ricevente dovesse sottoscrivere il giorno della consegna. Il giudice però con poteri discrezionali deliberava se farne o no la consegna, che poi non faceva, *nisi actor prius promiserit se lite intra duos menses contestaturum* come è scritto nell'*Ordo* del mag. Richardus anglicus, dando cauzione.

10. Del libello poteva anche consegnarsi un estratto: ma sempre doveva darsi tempo *ad deliberandum* (7): e assieme all'estratto o copia intimavasi la citazione (8): donde venne che col tempo di questi due atti se ne fece uno solo, ossia in seguito venne in uso che, presentato il libello dall'attore al giudice, questi, invece di comunicarlo al citando, e di lasciargli il tempo di riflettere, gli intimava libello e citazione contemporaneamente in unico atto (9); e al sec. XV la pratica fece un passo avanti nel

(1) INCERTI, *Ordo iudic.*, ed. KUNSTMANN, in *Kritischen Ueberschau d. deutsch. Gesetzgeb*, 1854, II, 17; DIANA, *Oblatio libelli*, in *Mem. stor. foro giuliesi*, V, 1909.

(2) Così Goffredo da Trani citato dal Card. di Susa detto l'Ostiense.

(3) Cfr. una *palea* al Decreto, c. 4, C. III, 9.

(4) ROFFREDUS BENEVENTANUS (an. 1215), *De libellis et ordine iudic.*, *Tract. un. iuris*, III. pag. 25.

(5) INNOCENTIUS, *Apparatus decretalium*, ad c. 12, X. de procurat., I, 38.

(6) HOSTIENSIS, *Apparatus super quinque libros Decretal.*, 1512, ad c. 1, de libel. oblat., II, 3.

(7) Const. dei consoli di Siena, ed. ZDEK., r. 86.

(8) Così riferisce l'ABBAS PANORMITANUS, *Super quinque libros Decret.*, 1582, al cit. c. l. de libelli oblatione, II 3.

(9) Così lo Statuto di Ferrara, lib. II, rub. 15; di Parma (ediz. 1494), foglio 64; di Roma, c. 59; di Alessandria, rubr. quod lis contestetur; di Vicenza, ordo proced., f. 93; di Riva, an. 1270, lib. II, r. 10; di Rovereto, lib. II, 13; di Urbino, II, 2; di Firenze, II, 13, ecc.

Digitized by Google

senso che il giudice su richiesta dell'attore consegnava al messo la citazione, perchè la intimasse, e poi il libello veniva dippoi presentato al giudice e al citato. In questo senso sono la *Practica papiensis* e lo *Speculum* del Maranta (pag. 155), ove è detto che non occorre libello nelle cause civili, oppure del libello parlano in senso diverso e con ordine mutato: anzitutto si faccia la citazione, e quando il convenuto è comparso, l'attore *offert libellum iudici et parti*, e ciò perchè la *porrectio libelli non est de processu*, cioè è formalità che si può tralasciare (1). Il che mostra come si erano mutati gli atti preparatori dal tempo dei primi proceduristi che volevan l'*oblatio libelli* per la *litis contestatio* e la dichiaravano essere *de substantia* (2).

11. In quanto alla legislazione notiamo che fin dal sec. XIII era comune la dispensa del libello nelle cause sommarie (in virtù della Clem. *Saepe*), in quelle di modico valore (3) e poi nelle dotali, alimentarie, *de investimento fracto*, nelle esecutive su strumento pubblico, nelle relative a poveri o a chiese (4) e in altre *de more* (5). *Instrumentum publicum habeatur pro libello*, si diceva a Trento (6). In alcuni luoghi del Friuli era anzi vietato (7): ma le Costit. friulane volevano che alla citazione fosse aggiunta una cedola scritta, contenente la *demonstratio* della cosa in litigio, cioè la *generalis intencio accionum* (8). In Piemonte era presentato solo quando lo richiedeva il convenuto, e mai nelle cause dei po-

---

(1) MARANTA, *De libelli oblatione*, pag. 335, 338.

(2) Così la Glossa, v. Exceptione, l. 72, de solut., XLVI, 3; v. Contingere, l. 9, Cod., VIII, 43; v. Acceptam, l. 19, Cod. de usuris, IV, 32, e Bartolo.

(3) Cons. mediolan., 9, 10; Stat. di Lodi, sec. XIII, r. 75; Bergamo, 1335, r. 2; Breve et ordin. pop. Pistorii, 1284, ed. ZDEK., II, 52, 56, 126; Costit. di Siena, 1262, I, 18; II, 129; Stat. di Amedeo VI, 1379, ed. NANI, 1883, c. 8; di Amedeo VIII, 1423, ed. BURAGGI, c. 1; Stat. di Trento, ed. GAR, c. 33; Rovereto, 1425, pag. 75; Frignano, 1337, IV, 7; Roma, ed. RE, lib. II, c. 8; Ritus M. Curiæ, 289. Nella *Practica capitolina* di L. PAETUS, lib. II, c. 2, è indicato un ordine di Pio IV che modifica su questo punto il procedimento romano. E gli Stat. di Como, 95, Sinigaglia, II, 15, Vergate, c. 28, Orvieto, 1581, II, 4.

(4) Stat. di Roma, ed. RE, II, 8; Rovereto, c. 23; Belluno, II, 25.

(5) DURANTIS, II, de lit. cont., § 5.

(6) Stat. di Trento, ed. GAR, c. 12.

(7) Stat. di Sacile, ant. al 1286; LEICHT, *Parlamento del Friuli*, pag. 151.

(8) Stat. di Udine, id., 1350, id.

Digitized by Google

veri e dei rustici (1). A Venezia *de consuetudine non datur* (dice Bertaldo, *Splendor*, pag. 14), ma la riforma del 1249 lo pretese e così fu in uso per le cause superiori a 100 sol. E sebbene già nell'alta Italia si fosse giunti al sec. XIV a dare poca importanza al libello, tuttavia non si era decisi nel risolvere se la mancata comunicazione di esso al convenuto importasse o no nullità della citazione e del giudizio: Brescia, per es., che era stata per la negativa nel 1277, nella redazione delle sue consuetudini del 1387 disponeva diversamente (*H. p. M.*, 109), e così statuiva nelle sue leggi del 1470 (c. 33, 33). In tale maniera aderiva agli insegnamenti della scuola, che per es. non lo richiedeva nelle cause di pravità usuraria (2).

Nell'Italia meridionale, dove sedeva *iudex* idiota e dove giudicavano baroni, conti e militi, il libello presentavasi a voce, *vulgariter*, e non è detto se allora il convenuto potesse far mettere in iscritto la *intentio actoris ut appareat quid fuerit petitum* (3). Lo statuto di Biella del sec. XIV (c. 113) diceva chiaramente: *omnes causae sine dacione libelli et absque iuris solempnitate*, eccettuata la contestazione di lite, entro due mesi siano sommariamente finite. Inoltre quegli statuti che lo ricordano, di fatto l'avevano vuotato di ogni significato, riducendolo ad essere una notizia al giudice della *querimonia*, da scriversi nei libri del Comune, coi nomi delle parti e l'oggetto della lite, riservando il resto alla citazione: *sufficiat in libello exprimere causam — in libello non aliud ponatur nisi nomen conquerentis et illius de quo conqueritur et res quae petitur* (4). E si era fatto l'esametro esser valido il libello che conteneva *quis quid coram quo, quo iure petatur et a quo* (5), e ancora più brevemente: esprima l'attore *quod agit vel petit omni iure* (6): e in conseguenza erano abbandonate le antiche regole per le quali il convenuto poteva rifiutarsi rispondere perchè nel libello mancava la *editio actionis*, o chiedere una dilazione *sub praetextu actionis non editae* (7). I glossatori avrebbero

(1) NANI, *Stat. di Pietro II di Savoia*, r. 1, 2 e 3.
(2) BARTOLUS, l. si deposita, Cod. depositi, vol. VII, pag. 151.
(3) ROFFREDUS BENEVENTANUS, *De causa agendi*, n. 1 e 5, pag. 18.
(4) Stat. di Brescia, 1313, ed. ODORICI, III, 243; Piacenza, 1336, II, 2.
(5) Glossa, ad c. 1, X, de libelli oblat., II, 3.
(6) Const. legis Pisanae, c. 1.
(7) PLACENTINUS, *Lect. in Codic. de edendo*; ULPIANUS, *De edendo*, ed. HAENEL, pag. 3: ODOFREDUS, *De libellis* in *Tract. un. iuris*, vol. IV.

Digitized by Google

voluto il rispetto di questa regola. Giovanni Bassiano così scriveva: *Et prudentissima quidem pisana civitas inter cetera quae sapienter disposuit et observat, secundum quod accepi, nomen actionis in libello exprimere constituit* (1): e accanto alle leggi di Pisa avrebbe potuto scrivere quelle di Milano (c. 3). Ma ormai la pratica non voleva tante pastoie, e tal convenzionalismo volentieri lasciava alle scuole. Già Pistoia nel sec. XIII (1296, IV, 80) e Modena nel 1327 (II, 8), Piacenza nel 1336 (II, 3) e in Piemonte Amedeo VII (c. 1) dichiaravano valido il libello senza il *nomen actionis*: e una decisione in questo senso fu presa in trattato fra due città nel 1227 (2): il che dimostra quale importanza attribuivasi a un argomento caro nelle scuole ma gravido di pericoli per una sollecita e piana amministrazione della giustizia e per non fare di questa un arcano impenetrabile ai contendenti. Ormai, già ripetiamo, al sec. XIV bastava che nel libello per es. in questione di proprietà fosse detto: *quod ad me pertinet*, senza allegare le prove, il titolo, l'azione (Roma, 1363, I, 8). Questo era *de stylo* nella maggior parte dei tribunali: battaglia però non superata interamente, se ancora nel sec. XVI gli statuti di Parma (1590, II, 69) dovevano scrivere: *sit causa et non actio proponenda*: e quelli di Novara (1573, II, 90) togliendo alla parola azione l'antico significato permisero che con libello unico si potessero iniziare molte azioni.

12. Vero è che, malgrado che leggi e pratica avessero tolto dal libello il *nomen actionis* e in conseguenza fosse tutto il processo liberato da un vacuo nominalismo, fino al sec. XIV i giuristi non si rassegnarono a tal vilipendio, quasi profanazione, temendo che la lite perdesse in certezza e fosse possibile mutarla nel corso della lite. Gli antichi avevano insegnato non dover esservi dubbio *super conceptione libelli*, non potersi dire: *conqueror: sed oportet rem certam significari*, il che si faceva col *nomen*, perchè solo questo faceva sì che *actor actionem mutare non possit*. Anzi aggiungeva Pillio (I, 2), se il *nomen* non fosse nel libello, lo dica l'attore *postea* al giudice, anche a voce; ma è necessario che sia *in iudicio* (e così i dottori, nelle *Dissens. domin.*, pag. 238, 323). Ma già Cino da Pistoia aveva detto tutto ciò questione frivola (3): i canonisti si eran pronunciati contro a tale sottigliezza, dovendo

(1) In SAVIGNY, *Storia del dir. rom.*, III., pag. 441.
(2) Convenzione fra Modena e Ferrara, in MURATORI, IV, 215.
(3) *Lecturae*, in Cod. de edendo.

Digitized by Google

il giudice valutare il fatto e non la denominazione e lasciare all'attore libertà di mutare anche la sua pretesa nel corso del giudizio [1]; e le curie ecclesiastiche lasciarono cadere il sistema romano delle azioni divenuto presto estraneo allo *stylus curiae romanae*.

Questa deviazione della pratica civile ed ecclesiastica dal sistema romano e dagli insegnamenti della scuola venne riconosciuta dallo stesso Pillio: era ormai consuetudine generale non obbligare l'attore a eleggere l'azione: i giudici permettevano che molte fossero presentate nello stesso tempo colla clausola: *propono omne ius competens mihi*, o coll'altra più generale: *et si quid deest*. E contro il pericolo che il soccombente chiedesse nullità della sentenza pel vizio nel *nomen* o pel difetto di esso (il vizio era nella locuzione oscura, equivoca: *peto canem*: il cane? la costellazione? il pesce?) la giurisprudenza cautelare aveva inventato le clausole salutari: *peto ius et iustitiam*: *omni meliori modo*: *non se adstringens*: *salvo iure addendi et minuendi*, ecc.

La verità è che si era constatata la inutilità anzi il danno di vincolare il libello ossia tutto il processo a questo *nomen* dal momento che già il sistema delle *positiones* fissava la materia del contendere. Col *nomen* non vi era possibilità di *emendare* e mutare l'azione. P. de Ferrariis, Lanfranco di Oriano e Maranta affermarono questa necessità, e così approvarono le leggi che accordavano la facoltà di emendare [2]: l'attore, essi dicono, può farlo sempre e liberamente. E la legislazione sancì questa libertà [3]. A Venezia non si richiedeva la causa del *clamore*, salvo che per alcune cause [4]. La *querimonia* ovunque si formulò *de*

---

[1] Concil. later., 1179, c. 6, X, de iudiciis, II, 1.

[2] Statuti di Viterbo del 1251, ed. CIAMPI, 1872, II, 4; Bologna, ed. FRATI, I, rub. de posit.; Urbino, II, 3; Ferrara, II, 47; Cremona, 1578, c. 287.

[3] Stat. di Parma, 1590, II, 69; Rito di Alfonso, c. 69: il libello si emendava per supplica additativa o regolatoria.

[4] Volumen statutorum, legum ac iurium Venetorum, ed. 1606, lib. III, cap. 62: *Si aliquis clamat nec exprimat ex qua causa clamat, super omnibus rationibus suus clamor valeat. Verumtamen si habet rationem alicuius commissariae vel tutoriae... exprimat quod commissaria vel tutoria clamat... et si ita non expresserit nihil valeat ei clamor*. E in altra del 1586: « in tutti gli offici nei quali si procede per via di dimanda quando occorre per beneficio della causa all'attor di alterar o modificar la dimanda è licito di farlo et senza spesa. Stat. Venetorum, Correzione del CICOGNA, c. 12, 1606, pag. 73.

Digitized by Google

facto (1). Così dopo il sec. XV non si parla più del *nomen actionis* e il libello è una semplice esposizione del fatto e nel sec. XVI lo scrittore, più autorevole sulle nullità (Vanzio, pag. 414) diceva: il libello come la *lit. cont.*, non è *de substantia sed de ordine iudicii*.

A Napoli il libello chiamavasi *presentata*: il fatto doveva essere concepito chiaramente colla clausola della rifazione delle spese: l'atto era consegnato al Mastrodatti: poi il giudice emetteva il decreto: tale era ancora la pratica nel 1797 (2). In Sicilia si aveva pure il libello, ma la pratica riteneva che se la parte non opponevasi, potesse omettersi (3). Nel Piemonte, Toscana e Stati pontificii al sec. XVIII non si era innovato. Le Costit. piemontesi del 1770 (III, 2) disponevano: domande e suppliche per licenze di agire si presentino con parole di rispetto. Quindi nei proceduristi il libello conservò il suo posto, e si trattò a proposito di esso della *pluspetitio*, dei modi di rispondere, dei suoi effetti per l'interruzione della prescrizione ecc. La curia romana lo mantenne, e lo si trova anche nel Regol. pontif. del 1838: è menzionato nelle leggi bolognesi del 1789. Firenze l'aveva col nome di *parva cedola* (4). Il Cod. di Carlo Felice per la Sardegna disponeva che il giudizio formale dovesse istituirsi con libello da presentarsi al giudice, che le cause dovessero introdursi solo per via di libello ove dichiaravansi le ragioni, i titoli, le prove (5). Però non portava nullità la mancanza delle firme dell'attore o procuratore o quella del nome dell'azione. In tutto ciò ripetevansi norme di antiche prammatiche sarde.

Dal libello finora descritto devonsi distinguere le domande che a Venezia rivolgevansi ai giudici per essere autorizzati al *clamor*: domande necessarie in caso di « investition... su la possession investida »: il giudice doveva dire « se quel chiamor vaglia o non vaglia niente » (6), o quelle per denunzia di nuova opera. Tanto in Piemonte fino al sec. XVII che a Napoli il privato aveva il

(1) Gli Statuti adoperano le parole *querimonia, proclamatio de facto*: Breve Pistorii, 1284, II, 23; Stat. Pistorii, 1296, II, 49, 52; Parma, 1255, II, 12; Ravenna, ed. Zoli, 1904, II, 20.

(2) Pragm. 10, § 80, de offic. iudic.; Pragm., 13 e 18, de ord. iudic.; Pragm. 1, de expensis; Pragm. del 1738, § 5.

(3) Cumia, *Comm. in Ritus Sic.*, 1588, c. 38, 39, pag. 180, 232.

(4) Asinius, *Pract. ad stat. florent.*, 1511, c. 1 e 3.

(5) Leggi di Vittorio Amedeo II, 1726: Pramm. sarde, X, 1.

(6) Volumen stat. venet., ed. 1606, III, 45.

Digitized by Google

diritto di far sospendere la n. op. (1): ma nel sec. XVIII dovevasi procedere con ricorso al giudice che *ex primo decreto* ordinava la sospensione (2).

13. Contro il libello stettero le curie mercantili ove la procedura tendeva a spogliarsi delle formalità superflue; il libello mai aveva assunto l'importanza che gli attribuiva il rito civile. Ciò è espressamente detto negli statuti mercantili di Piacenza del 1200: *de contestatione facienda ante dacionem libelli. Si quis citatus ad petitionem alicuius ante me venerit et ille qui eum citari facit aliquid et petierit ante dacionem libelli seu peticionis in scriptis ille reus compellatur respondere et contestari. Additum est* 1281 *quod consules teneantur auferre ab illo reo si respondere noluerit* 20 *sol. pro qualibet vice* (3). Parimenti a Milano era in arbitrio del console richiedere il libello (4): e siccome i giudizii dei mercanti si svolgevano per lo più oralmente, così di esso potevano in maniera agevole parti e giudicanti dispensarsi.

La dottrina non si diè vinta davanti al discredito in cui la pratica aveva posto il libello, e continuò a discuterne e a dirlo essenziale, *de substantia iudicii*. Vanzio nel suo trattato *De nullitatibus* combattè coloro che ancora persistevano a sostenere che la mancanza sua rendesse il giudizio annullabile (5): e chi scrisse sulla pratica fiorentina riferì 80 casi in cui lo si poteva omettere, perchè « gli statuti aggiungono privilegi e attenuano il rigore del diritto » (6). Poi sempre a Firenze e in Piemonte largamente usavasi la già riferita *clausola salutare* che comprendeva tutte le azioni scaturienti dai fatti esposti (7).

---

(1) Consuet. napol., si quis impediat. Pel Piemonte v. FABER, Cod. VIII, 5, def. 2: *fit nunciatio non a iudice sed ab adversario.*

(2) *Fabricatores desistant*: Pramm., 1752, de n. op. nunc.; R. Cost. piemont., III, 2, § 2.

(3) Statuta antiqua mercatorum civitatis Placentiae, anno circa MCC, rubr. 403, nei *Monum. histor. ad provincias Parmensem et Placent. pertinentia*, 1856, pag. 108. Cfr. Statuti della città di Riva, 1274-1790, c. 9; Trento, 1861.

(4) Liber consuetud. Mediolani, 1216, rub. 3.

(5) Al capo: ex defectu processus; PACIUS IORDANUS, *Locubrationes*, vol. III, pag. 134; MASCARDUS, *De probation.*, vol. II, concl. 978; TUSCHUS, *Conclus.*, lettera L, concl. 300.

(6) ASINIUS, *Praxis* cit., § 4, cap. 3.

(7) MAGONIUS, *Decis. florent.*, CXI. Pel Piemonte AB EULESIA, *Observat. ad praxim. iudic.* I pag. 185. Per Napoli v. THORO, *Compendium decision. neapol.*, I, sect. 3.

Digitized by Google

Colla presentazione del libello avrebbe dovuto l'attore fare il deposito di cauzioni imposte da Giustiniano perchè contestasse la lite entro tre mesi dalla citazione, perchè perseverasse nel giudizio fino alla fine della causa e che infine, convinto di aver mossa lite ingiusta, pagasse un decimo della somma chiesta nel libello (Nov., XCVI, c. 12; CXII, c. 2). Sempre per diritto romano l'attore perdente era condannato a un'ammenda, salvo la scusa di ragionevole ignoranza. Questa regola fu conservata nelle leggi di Bergamo del 1331. Ma la pratica italiana nè questa ammenda e nemmeno la cauzione pretendeva: e al massimo gli si chiedeva che presentasse mallevadori e anche bastava la cauzione giuratoria. Fu così aperta nuova strada alle contese e ai cavilli per prolungare le liti disputando gli avvocati per molte udienze sulle qualità e idoneità del mallevadore. In quanto al giuramento, è chiaro che l'attore era sempre pronto a giurare; il che non importava conseguenza alcuna: e la formalità era circondata di sì poca serietà che parve prudente ai riformatori della fine del sec. XVIII proporne l'abolizione (1).

§ 5. *La citazione* (2).

14. Molti erano i modi di iniziare il giudizio: modo esecutivo, di cedola, d'informazione, *per viam effectus*, detto anche *ex abrupto et visione scripturarum*, d'ingiunzione, di confessione (3); e ciascuno aveva propri casi di applicazione; più generale quello per cedola, alla quale aggiungevansi speciali nomi secondo le materie, per es. *quod agat* nei giudizi di iattanza, *fiat* in quelli di ingiunzione (4), ecc. Ma prima di arrivare a questo punto l'attore o il suo avvocato avevano presentato il libello al giudice o anche gli avevano fatto noto a voce *discrete factum vel questionem*: ma egli

---

(1) BARBACOVI, *Progetto*, § 52.

(2) LANFRANCUS DE ORIANO, *De citationibus*, nei *Tractatus universi iuris*, Roma, 1584, tomo III, p. II (vol. IV, *de iudiciis*); FEDERICUS SCHENK, *De in ius vocando*, id.; Q. MANDOSII, *De monitoriis*, id.; BARONIUS, *Tractatus de citationibus*, 3 vol. in fol. con 150 questioni oltre append. Palermo, 1645-56; DE BOCATIIS, *De citationeper edictum publicum*, Roma, 1587; UBERTUS, *De ratione citandi in romana curia*, Roma, 1656.

(3) Ritus Alph., 99, 139.

(4) In Sicilia in alcuni casi ricevuto il libello, emetteva provvista *statim de iustitia* o *ad mentem literarum regalium*.

Digitized by Google

aveva risposto: *da libellum si habes*. E della consegna fatta a richiesta o direttamente si era redatto protocollo. Il libello, come si è detto, era dal giudice consegnato al *reus*, così invitato a decidere se intendeva *cedere vel contendere*, e l'*oblatio libelli* era per se stessa un invito anzi una preghiera al giudice perchè emettesse la citazione e la intimasse al reo per mezzo dell'*executor* (1) e solo eccezionalmente poteva farsi *de ore ad os*, se il citando era presente (2). Era regola che la citazione si intimasse dal giudice con cedola scritta (3), che la si ripetesse anche *ter*, che in essa si riassumesse il libello, che contenesse il termine a comparire, per lo più entro 30 giorni (4), termine perentorio, dicevano le *Const. r. Sic.*, I, 95. Anche nell'antico diritto veneto la citazione era triplice, ma i savi potevano ordinare al messo: *vade et precipe de fortio*, e allora bastava una sola (5). A Pola (*Stat.*, ed. Benussi, 1911, II, 1) si procedeva ancora più sollecitamente: si citava il giorno antecedente al placito *vel in die placiti ante quam campana placitorum in pulsatione cesset*. Pei villici due giorni prima *ad domum habitationis*. Poteva eseguirsi in qualunque giorno non festivo, dal sorger del sole al tramonto, e, come dice Bertaldo (*Splendor*, pag. 15), *ita quod niger ungulae per solem vel per lucem possit discerni*!

Qualora il messo non trovava il citando, affiggeva la cedola alla porta della casa. In caso di vagabondi, bandiva il nome *super scalas palatii* (6), senza testimonio, perchè *credatur tubatoribus* (7), avendo egli giurato *de veritate dicenda* (8). Poi, fatta relazione al

---

(1) Su tutto ciò v. PILLIUS, I, 3; DURANTIS, II, de praepar. iudicior.

(2) Stat. di Bologna, 1515, fogl. 3.

(3) Editto di Amedeo VIII, 1430: *fit per eos quibus citationes dirigentur*. Così anche nelle Costit. piem., 1729 e 1770.

(4) Stat. di Reggio, II, 1; Lucca, 1539, I, 15; Milano, 1588, foglio 1; Novara, 1572, II, pag. 96; Forlì, 1615, II, 4; Padova, 1549, pag. 13; Ferrara, 1624, II, 1; Bergamo, 1727, coll. 2, c. 3; Cesena, 1582, I, foglio 13; Lodi, 1538, fogl. 13; Belluno, 1747, II, 18; Leges ianuenses, 1404, col. 799; Fiume, II, 6. BIAGIO DA MORCONE. *De differ.*, pag. 302.

(5) Venet. iudicia, 70, in PITZORNO, *Consuet. venez.*. Uno stat. veneto, an. 1556 (ed. Volumen, 1606, pag. 192), dispone una sola citazione intimata con le scritture che gli *parea de usar*, dando 5 giorni di tempo. Secondo lo Stat. di Brescello (Parma, 1697), II, 2, la citazione era solo ripetuta se il citando non era trovato a casa.

(6) Stat. di Rovereto, pag. 63.

(7) Stat. di Parma, 1590, II, pag. 58.

(8) Const. r. Sic., I, 93; Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 12, ed. NANI.

Digitized by Google

giudice, se ne prendeva nota nel protocollo, e la formola *et alia fecisse* significava l'adempimento di tutte le formalità. Se anche il libello era consegnato, il nuncio doveva scrivere le risposte date dal citato.

15. Però prima di emettere citazione doveva il giudice constatare se l'attore avesse capacità di agire e titolo a muovere lite (*legitimatio ad causam*), se il procuratore possedesse i requisiti e il mandato a lite, se il tribunale fosse competente. Quindi una base al giudizio veniva preliminarmente accertata dal giudice che poteva rifiutarsi a fare la citazione, se trovava il libello *ineptus*, infondato (1); ma un rifiuto capriccioso dava all'attore il diritto di ricusarlo per suspicione. Nè ancora erano esauriti gli atti preliminari perchè la citazione non era emessa se l'attore non depositava il *pignus bandi* (2), cioè la cauzione *se litem intra duos menses contestaturum*; e pari cauzione doveva prestare il reo, dopo che, comunicatogli il libello, aveva dichiarato di voler contendere. Dunque gli atti così svolgonsi: prima *oblatio libelli* al giudice che l'esamina (*inspiciat*): poi restituzione del libello all'attore perchè col messo pubblico lo consegni al reo: risposta negativa di questo: presentazione delle cauzioni: e allora citazione (3).

La citazione era dunque atto d'imperio, esercitato esclusivamente dal magistrato, e come si diceva a Venezia *ex parte dom. ducis et per legem iudicum*, munito *bulla. ducali plumbea*, e sempre a Venezia *nullus stridor fieri potest nisi de licentia iudicum* (4): *cum quis vult vocare aliquem ad placitum primo debet ire ad ducem et ab eo recipere praeceptum et ministerialem qui praecipiat ei qui ad iudicium vocatur venire certa die ad placitum.* Così a Venezia (5): e parimenti a Milano (Const., I): *si quis de*

---

(1) Stat. di Perugia, 1342, II, 32; Vercelli, 1241, pag. 419; Const. egidiane, ed. SELLA, IV, 4; PETRUS DE FERRARIIS, *Practica*, tit. IV, 13; HOSTIENSIS, *Summa*, de libel. oblat., n. 5.

(2) Così detto a Nizza, r. 24, in DATTA, *Libertà del Com. di Nizza*, docum., 1859; e ad Albenga e a Portomaurizio; Stat. del 1350, ed. ACCAME; DONEAUD, *Storia di Portomaurizio*, 1875.

(3) Stat. di Cremona, 1578, c. 307; Gubbio, 1685, II, 14; Firenze, 1415, II, 17. In essi è riprodotto l'insegnamento di Ricardo anglico, ed. WITTE, pag. 5, 6: *hoc facto iudex reddat actori libellum qui cum nuncio iudicis reo libellum porrigat.*

(4) BERTALDUS, *Splendor consuet. venet.*, pag. 15.

(5) Stat. antiqua venet., I, 6.

Digitized by Google

alio querimoniam deponere voluerit per executores voluntate consulis et sui nuntii fit conventio. Così ancora nell'Italia centrale e nella meridionale da legge di Federico II (I, 97): *citatoriae literae per iustitiarium et baiulum destinandae,* a quelle dei re successivi; così in Sicilia (1). Ovunque la citazione fu riservata all'autorità giudiziaria e tale restò fino al sec. XIX per alcune regioni. E vi sono poche eccezioni a notarsi (2), e del resto per casi ben determinati, per es. nelle cause di modico valore (3). Vero è che la dottrina al sec. XVII sofisticava e diceva la citazione solennità non intrinseca, non necessaria, essere presunta pel lungo decorso del tempo; potere il giudice procedere anche *parte non vocata* quando ha tale facoltà dalla legge e quando *simplici dicto alicuius standum est* (4): ma le leggi tennero fermo il principio che l'emetterla era funzione dei pubblici poteri, affidata al criterio discrezionale del giudice, che si poteva anche rifiutare.

16. Dato il carattere della citazione, si comprende il largo posto che le hanno dato gli statuti, alcuni dei quali, i più antichi, riassumono nel tit. *de citat.* quasi tutta la materia procedurale. I requisiti sono esposti in modo particolare: il che fecero anche gli scrittori fino al 1400 (de Ferrariis), finchè nel 1650 i citati Uberti e Baronio si impadronirono dell'argomento e composero volumi dove parlano *de omnibus rebus* (5). Attenendoci alle leggi vediamo che la citazione deve riprodurre il libello *de verbo ad verbum*; è valida anche *sine actione* (Brescia, 1313, pag. 1758). A Venezia dove non si usava il libello, nemmeno era necessario che contenesse la causa del *praeceptum,* e anche davasi all'attore maggior libertà di aggiungere *et quod dicere vellet* (Stat. Enrico Dandolo, 8). Il giudice di suo doveva porre il termine *ad comparendum, ad procedendum,* e il precetto. Bartolo, a proposito di questo, nel suo

---

(1) Stat. di Pistoia, 1284, II, 11; Padova, 1236; Modena, 1317, II, 2: Cost. di Siena, ed. ZDEK, c. 5; Consuet. di Palermo, c. 70.

(2) Per es. a Verona era ammessa la citazione *sine licentia iudicis.*

(3) Editto di Emanuele Filiberto, 1561; Costit. piemont., 1770, lib. III, tit. 2, § 15; AB ECCLESIA, I, observ. 37.

(4) SCACCIA, lib. II, c. 3, n. 399; c. 8, n. 439; c. 11, n. 686-703; CRAVETTA, *Tract. de antiq. temporis,* pag. 148; MENOCHIUS, *De arbitr. iudicum quest.,* vol. I, concl. 78.

(5) I requisiti sono esposti da Pillio, I, 5; da Tancredi, II, 3; da Durante, II, I, de citat.; da Maranta, VI, de cit., laddove trattano de except. quae contra citationem fieri possunt.

Digitized by Google

Processo contro Satana ricorda che Dio citò il primo uomo dopo il peccato colle parole: *Adam, ubi es?* (1). La cedola era scritta in latino, e solo in volgare nelle curie mercantili (2). Per disposto di leggi doveva consegnarla al citato il messo del Comune: ma già al sec. XIII si era introdotto l'abuso di restituirla all'attore *ut porrigat reo ubi domicilium habet etiam in aliena domo habitet* (3). Il messo la consegnava *ad manus, ad faciem* se trovava il citando; se no, recavasi alla casa e ne dava lettura: se non voleva ascoltarla, ne dava copia: nelle seconde citazioni non occorreva cercare la persona e bastava farne consegna a persona di famiglia (4). Se era irreperibile, se ne dava notizia dal precone in piazza o in chiesa, e la cedola era affissa. Se era assente per causa di lavoro, bastava chiamarlo ad alta voce, *publice* alla presenza di testi, *vicinis audientibus, ad domum, ad ecclesiam, ad vicinos populi in quo habitat* (5).

La dottrina dei commentatori allargò l'interpretazione degli statuti, per es. dichiarando valida la citazione orale di chi trovasi in chiesa; quella intimata nella casa estiva o in quella invernale per chi ha due case (6); o la restrinse invalidando quella intimata all'artigiano nella sua bottega piuttosto che alla casa di sua abitazione o in ospizio (7); quella per comparire in luogo non sicuro, di malaria (*citatus potest excipere de aere malo et corrupto in loco citationis* (8). Contro il principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, quando invece non erano promulgate leggi di eccezioni contro i nobili, Bartolo (l. quotiens, Dig., de dignit.) voleva che i *clarissimi* fossero citati con atto scritto (9):

---

(1) Cfr. BARTOLUS et J. FAXIOLUS, *De summaria cognitione*, ed. BRIEGLEB, pag. 53.

(2) Stat. dell'arte di Calimala, 1332, I, 39.

(3) RICHARDUS ANGLICUS, pag. 6.

(4) Stat. di Roma, II, 3; Consuet. egidian., IV, 10.

(5) Stat. di Roma, ed. RE, II, 3; Pistoia, 1296, III, 2; IV, 142, 145. Va notata la distinzione fra *nuncius*, vero organo giudiziario, e *praeco* o *missus* inserviente per intimare atti. I *nuncii serviunt curiis*, dice Paolo V, *Reformatio tribun.*, 21; v. MENESTRINA, *Accessione nell'esecuzione*, pag. 41.

(6) Id., l. quod si dubitet, Dig. de aqua et pluviae, III, pag. 150.

(7) BARTOLUS, l. plerique, n. 6, Dig., de in ius vocando, I, pag. 36; l. dies cautioni, Dig. de damno infect., V, pag. 128; e de iniur., VI, pag. 128, 131; III, pag. 36.

(8) Id., metus, Dig. qui ex causa maior., vol. IV, pag. 140.

(9) Id., l. quotiens, Cod. de dignit., VIII, pag. 49.

Digitized by Google

ma nello stesso tempo va notato come egli volesse la citazione scritta e sostenesse che anche quella fatta *domi sine literis* non rendesse il citato contumace (1). Di lui sono notevoli le regole per le citazioni *extra territorium* per mezzo di rogatorie al giudice: *scribantur literae iudici in cuius territorio est citandus*: quindi la esclusione della citazione verbale (2): e anche queste gli confermano la riputazione veramente meritata di essere stato uno dei fondatori del diritto internazionale privato, penale e processuale.

17. Il termine a comparire era stabilito dal giudice, e doveva essere per un giorno non festivo, o quando il tribunale era in ferie: però era valida la citazione intimata durante le ferie delle messi e vendemmia (3). È inteso che la contumacia non era dichiarata se non dopo eseguite le tre citazioni, avvenute cogli intervalli di legge (4); e si credeva alla relazione del messo, formulata nel *constat per me*. Spirati i termini a comparire, la citazione si diceva *circondotta* (così in Sicilia).

18. Le tre citazioni potevansi eseguire in una volta sola; e allora si aveva il *peremtorium* o *citatio edictalis*, ammessa nei casi di urgenza, *cum visione scripturae*, nelle cause di mare, e quando la citazione era consegnata *ad manum* nelle azioni *de furto*, *verberatione*, *violentia*, in quelle *per clamores* (5).

La citazione *per edictum* usavasi per le *universitates* e i *collegia* (6); ed era creazione del diritto canonico, pel quale nel caso di assenza bastava l'avviso pubblico, un cartello o un suon di campana (7). I chierici irreperibili erano citati con affissione di avviso alla loro chiesa (8), considerata come domicilio di quelli

(1) Id., l. palatinos, Cod. de colend. fundo fisc., VIII, pag. 45.

(2) Id., l. omnes, Cod. de episc., VII, pag. 23; l. 1, § praesides, Dig. de requir. reis, VI, pag. 176; Auth. ut spons. largit., IX, 30.

(3) Stat. di Ferrara, II, 2; non così a Gubbio, II, 1.

(4) *Nullus possit citari nec ei terminum assignari nisi semel una die*. Stat. di Biella, c. 102, vol. I, pag. 103: BIAGIO DA MORCONE, pag. 302.

(5) Stat. per Venezia di E. Dandolo, c. 7.

(6) Stat. di Bologna, 1737, I, 33; Cremona, 1578, c. 297.

(7) Cfr. c. 5, § 2-4, X, ut lite non contest., II, 6; c. 8, X, qui filii sint legit., IV, 14; c. 1, X, qui matr. accus. possunt, IV, 18; c. 1, § 3, in VI, de foro compet., II, 2; c. 2, Clem., ut lite pendente, II, 5; c. 3, Clem., de elect., I, 3; c. 1, Clem., de iudic., II, 1.

(8) c. 10, X, de dolo et cont., II, 14; c. 11, X, de cler. non resid., III, 4. Un caso particolare contiene c. 3, Clem., de elect., I, 3: *vel si domus eadem in remotis existat, in ecclesia cathedrali, in cuius civitate vel diocesi consistit beneficium*.

Digitized by Google

addetti al servizio religioso: così anche i bandi o le pubblicazioni matrimoniali erano affisse nelle chiese (1). Contro il *latitans* e in tutti quei casi in cui era impedito l'esercizio del loro ufficio ai messi delle curie ecclesiastiche, il diritto canonico stabilì valida la citazione per proclami: e quindi se si trattava di *domicilia sive loca quae non possunt tute libereve adiri propter potentiam vel metum*, perchè il citando avrebbe minacciato od offeso il messo, la citazione affissa alla porta del tribunale o in pubblico luogo o letta pubblicamente in chiesa o in piazza dal cancelliere aveva gli stessi effetti come se fosse stata notificata alla persona (2).

Questo modo di procedere solo tardi ebbe favorevole la dottrina che equiparò la citazione per proclami agli *edicta* del magistrato romano, perchè i proceduristi più antichi (Pillio, II, 19; Tancredi, II, 3) non parlano della citazione pubblica o per editti. Anche Durante accennando a questo modo di citare dice: *non est in usu*, perchè *quod frequentatur* è la citazione *per nuncium vel simplicem epistolam*, anzi nelle cause piccole *non debet nimia solemnitas observari*. Riconosce però che vi può essere una citazione fatta *solemniter et publice* senza bisogno che sia intimata *per nuncium vel per literas singulorum auribus...: non poterit quis asserere se non fuisse citatum licet citatio ad eum pervenerit* (II, 1, de citat., § 4, n. 3). Ma l'opinione di Durante non era ancora accolta da tutti.

Si deve a una legge di Enrico VII del 1313 (3) e ai commenti che vi scrisse Bartolo (4), se la citazione pubblica o per proclami entrò nella pratica italiana. Quella legge riguardava il *crimen laesae maiestatis* contro il quale ordinava una procedura eccezionale, e introduceva il principio che contro l'accusato contumace si procedesse con inchiesta del magistrato e che la contumacia fosse constatata quando il citato *per nuncium vel per literas seu etiam per edictum publice propositum* non si fosse presentato al termine stabilito.

---

(1) c. 6, X, qui matr. acc. possunt, IV, 18; c. 27, X, de spons., IV, 1; c. 3, pr. X, de cland. desp., IV, 3.

(2) c. 5, § 1, X, ut lite non contest., II, 6; c. 1, § 3, in VI de foro compet., II, 2; c. 2, Clem., ut lite pendente, II, 5.

(3) È la Extravag. Henrici VII Ad reprimendum, che trovasi in tutte le antiche edizioni glossate del *Corpus iuris civilis* col commento di Bartolo.

(4) La commentò anche a parte Bartolo, che la riprodusse: v. IOAN. FAXIOLI ET BARTOLI DE SAXOFERRATO, *de summaria cognitione commentarii*, ed. BRIEGLEB, Erlangen, 1843.

Digitized by Google

Questa forma di citazione *voce preconis in foris aut aliis locis publicis* era lasciata al libero apprezzamento del giudice, che doveva però usarla solo in caso di necessità e per cause gravi e quando nessuna altra *insinuatio* era possibile (1). Ma una volta introdotta, la giurisprudenza e le leggi stesse allargarono i casi: le parole di Bartolo che si usasse laddove non si poteva sicuramente andare (2), furono intese nel senso più largo e pernicioso, non solo contro vagabondi e persone di domicilio incerto, ma contro potenti, contro residenti fuori della giurisdizione del magistrato, contro sospetti, contro avversari certi e incerti (3), contro persone che non trovavansi nelle loro abitazioni (4). E poi si disse che era valido l'editto se affisso nel solo albo del pretorio: e da questo modo di citare si passò a quello *per campanam, sonu tubae* valido contro assenti e contro le università (5).

La citazione per editti e proclami assunse nella pratica italiana importanza, perchè ad essa ricorrevasi per le successioni delle quali ignoravansi gli aventi diritto, per l'esercizio del retratto di vicinanza, per la purgazione delle ipoteche, per convocare i creditori nei casi di fallimento, ecc. (6). Per proclami o per campana si citava la *multitudo*, le *universitates alicuius artis seu villae*; e partendo da queste espressioni di Bartolo, con troppo lata interpretazione arrivò la pratica posteriore a sostenere che a questi mezzi si potesse ricorrere *propter multitudinem citandorum* (7). Dopo il sec. XVI la legalità della citazione per editto

---

(1) BARTOLUS, loc. cit.: *debet iudex servare aequitatem, et si potest per nuncium citare vel per epistolam vel per literas, non est aequum quod citet per edicta.*

(2) Id.: *non potest fieri de iure canonico nisi contra eos qui procurant ne ad eos citatio perveniat vel ad quorum loca non potest tute accedi.*

(3) MARANTA, pars VI, de citat., n. 82.

(4) Statuto di Pietro II conte di Savoia, ed. NANI, art. 1; Stat. di Brescello, II, 4.

(5) Stat. di Firenze, 1415, II, 16; Parma, II, pag. 58; Sinigaglia, II, 18; Orvieto, II, 20. Il suon della tromba è mantenuto nelle Costit. piemont., 1770, lib. III, tit. 3, art. 6.

(6) Stat. di Lodi, 1538, foglio 11; Gubbio, II, 11. A Venezia così citavansi gli eredi e dicevasi *stridor di morto*. Anche a Padova la stessa citazione per gli eredi *et possessores bonorum* del morto.

(7) ANGELUS ARETINUS, *Instit.*, rubr. de except., n. 23: *sed etiam aliis non certis possunt fieri cridae et proclamationes publicae... et ita comuniter observatur per totam Italiam secundum Baldum in d. l. diffamari, Cod. VII, 4.*

Digitized by Google

e pel motivo di non sicuro accesso fu ancor più estesa, applicandola ai casi di peste e perfino di malaria (1), oltre che di bando, guerra, ecc. (2); poi, quando era constatata la contumacia, non era certo il domicilio del citando, era incerto l'avversario: in tal caso usavasi la formola: *citentur omnes sua quomodolibet interesse putantes — omnes creditores*: e il giudice sottoscriveva: *fiat ut petitur* (3). Fu anche usata nel caso di pagamenti aventi origine da istrumenti guarentigiati o camerali se il debitore era assente.

La *citatio realis*, che era la cattura, aveva luogo nelle cause criminali, e per eccezione nelle civili quando vi era sospetto che il debitore si sottraesse colla fuga: poteva lo stesso creditore di propria autorità catturarlo, quindi *sine commissione iudicis*: ma occorreva l'urgenza e l'importanza del credito (4). Ma già presto gli statuti richiedevano che il creditore giurasse davanti al giudice del suo buon diritto e della insolvibilità del debitore: e solo allora il giudice rilasciava il mandato di cattura (5): ma non potevansi per causa civile catturare le donne (6).

19. Dopo il sec. XVI nella citazione avvennero modificazioni: non necessaria la comunicazione del libello: bastava la *parva cedula*, che doveva emettersi dal giudice a richiesta dell'attore, e dal giudice essere firmata. Però già affacciavasi la dottrina essere valide le citazioni *absque iudicis commissione* (7), e anche per le notifiche bastava che il nuncio dichiarasse di aver citato *domi*

Così GIASONE DEL MAINO, CACCIALUPIS, in *Repet.*, l. 1, Cod. de summa trinitate, n. 75, 76; e NEGUSANTIUS, *Tract. de pignoribus et hypothecis*, VIII, 1, n. 13. E più tardi VANTIUS, *Tract. de nullitate processuum*, c. XII, n. 123.

(1) Agli Abruzzesi citati a Napoli dal mese di giugno a tutto settembre, facevasi la citazione per editto, allegando che per causa di malaria il messo non poteva recarsi fuori Napoli; v. CARAVITA, *Super Ritus M. Curiae*, al rito 163; MASCARDUS, *De probationibus*, lib. I, concl. 20.

(2) Stat. di Brescello, II, 5; Pragm. 1, de ordin. iudic., an. 1477.

(3) MARANTA, part. IV, dist. 5, n. 57; FERRARIIS, *Practica pap.*, in forma respons. rei conven., glossa 1.

(4) MARANTA, part. VI, memb. 1, n. 62; CARAVITA, *Super Ritus M. Curiae*, ad ritus 170; DE AFFLICTIS, *Const. regni Sicil.*, lib. I, 8.

(5) Statuta vetera urbis Romae, lib. I, c. 98.

(6) Invece a Napoli anche le donne: v. Ritus M. Curiae, r. 166, item quod si debitores aut debitrices.

(7) CLARUS, quae. 31, § finali, n. 4; per Roma, RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 5, n. 14: per Firenze, ASINIUS, c. 3 e legge 1477: SABELLI, *Pratica*, 35: pel Piemonte, AB ECCLESIA, *Observ. ad praxim*, I pag. 80, e SOLA, *Ad decreta Sabaudiae*, 1607 pag. 306: per Napoli, SANFELICIS, *Praxis*, sect. 2.

Digitized by Google

cum dimissione caedulae valvis domus, anche senza consegnarla ad alcun famigliare (1). Si era ampliato il numero dei casi in cui la citazione non era necessaria tanto da elencarne 143 (2). Parimenti si ammetteva per le piccole cause la citazione *viva voce*, che a Napoli e in Sicilia dicevasi *oretenus* e in calce portava le lettere *p. p. c. N. iudex* (*praesentetur parte citata*): alcune città godevano il privilegio che la citazione fosse scritta (3), da consegnarsi ai famigliari o da affiggersi alla porta. Questa scritta era detta anche verbale e distinguevasi da quella *per literas* o cartello che portava la firma autentica del giudice e il sigillo di lui, ed era usata per citare persona illustre, nobile e cavaliere come in Sardegna, o persona fuori provincia, o assente o irreperibile. Le leggi di Piemonte e di Savoia, ancora nel 1770 più ligie alle tradizioni, volevano che alla citazione precedesse decreto di magistrato e che questa fosse intimata con lettere patenti e sigillate dei magistrati superiori, e con semplice decreto degli inferiori (4).

20. Nel regno di Napoli seguendo le leggi romane Federico II mantenne il libello nelle cause oltre due agostali, che non fossero di alimenti e di opere prestate. In esso doveva concepirsi chiaramente *coram quo et a quo et de qua re et tempus expressum* (I, 97, 98) colla necessaria clausola della rifazione delle spese, benchè non fosse necessario esprimere il nome dell'azione: e il giudice emetteva la citazione che si intimava *domi* o *per affixionem* (5). Nulla rinnovò il Rito della M. Curia (c. 96); e così usavasi ancora nel secolo XVIII: al mastrodatti facevasi la *presentata* (6) e il giudice emetteva il *mandato giustificato* col termine a comparire ma non

---

(1) GRATIANUS, *Disceptat. forenses*, cap. 60; MENOCHIUS, *De praesumpt.*, lib. I, c. 26. Sulle consuetudini di Roma, Firenze, Siena e Milano parla la Rota rom. *Decis recent.*, p. XVI, dec. 396.

(2) ASINIUS, *Ad Stat. florent. Praxis aurea*, c. 5; NOVARIUS, in *Pragm. Regni neap. Collectanea*, 55; BARONIUS, *Tract. de citat.*, vol. I c. III, 2, 3.

(3) Pragm. sicil., VI, tit. 19, vol. I; Pragm. VI, § 53, tit. 53, vol. II.

(4) Così Editto Emanuele Filiberto, 1561; Vittorio Amedeo II, 1726. Anche le Costit. del 1776, III, tit. 1, mantennero il libello: la domanda doveva precedere la citazione. Occorreva il decreto del magistrato scritto o verbale nelle cause sommarie per citare. A questo sistema si attenne nel sec. XIX, come si dirà, il cod. estense, toscano e il regol. pontificio, § 470.

(5) Const., I, 98: i famigliari a cui era consegnata la citazione, giuravano di comunicarla tosto al citato. Se la porta non si apriva, era posta *in limine domus*, alla presenza di testi.

(6) Pragm. 10, § 80, de offic. iudic., an. 1616; Pragm. 13, an. 1622, id.

Digitized by Google

prima di tre giorni, se il reo era nel luogo del giudizio, non dopo 30 se era nel regno, nè dopo 60 se era fuori regno (*Ritus M. C.*, 123). Questo tempo incominciava a decorrere dal giorno non feriato dopo la citazione (id. 119). La notifica del libello e del decreto era fatta dall'apparitore o dal giudice inferiore (id., 112) e davanti a due testi (1): però ciò non si osservava quando il reo fosse nel luogo del giudizio. La prima istanza doveva notificarsi alla persona: gli altri atti anche ai famigliari. Dicevasi la citazione circondotta dopo sei mesi: ma quelle dei magistrati urbani spedite nelle provincie dopo un mese non potevano più eseguirsi (2).

Anche in Sicilia la prima citazione doveva sempre notificarsi al reo in persona: le altre anche al procuratore di lui (3): le citazioni della M. R. Curia si notificavano senza il visto del magistrato urbano (4). Nessun atto giudiziario poteva eseguirsi nei giorni feriali, di fiere, dal 2 aprile al 20 giugno (*feriae tynnariorum*), dal 15 novembre al 15 (*feriae cannamelorum*) per la raccolta della canna da zucchero (5), nè nei giorni di lutto domestico o di sposalizio o di servizio militare (6). Pel Rito alfonsino (c. 96) le citazioni non avevano più efficacia scorsi 40 giorni, ma la misura parve eccessiva ai commentatori che raffrontavano quel termine troppo ristretto coll'altro di tre anni stabilito da Giustiniano colla legge *properandum* (7), il qual termine però riguardava l'obbligo del giudice di finire le cause entro un triennio.

In Sardegna la citazione era atto del magistrato, che la emetteva sul libello: e doveva ripetersi tre volte, se al citando non era consegnata personalmente: per gli assenti e per quelli non provvisti di *curatores ad lites* usavansi i bandi. In virtù di privilegio di origine catalana i nobili erano citati con cartello, e il termine

(1) Pragm. 2, de ord. iudic., an. 1518.

(2) Ritus 122, 219; Pragm. 18, § 1, num. 8, de ord. iudic., an. 1738.

(3) Pragm. 35, § 46, tit. LIII, vol. II; Pragm. 10, id.; Siculae sanctiones, vol. V, pag. 82.

(4) Pragm. 3, tit. I, lib. II, vol. IV.

(5) Siculae Sanctiones, vol. IV, pag. 376 e segg., 426, 476; Pragm. 2, tit. XVI, vol. I; Pragm. 35, § 57, tit. LIII, vol. II; BUSCEMI *Practica, ritualis*, in app. al BARBAGALLO, *Practica novissima*, Palermo, 1772, parte III, c. 1.

(6) Consuet. di Palermo, c. 35 e 46.

(7) Così Antonio e Blasco Lanza, V. de Percolla, *Super ritu*, 1614 p. 1 e 167. Invece CUMIA, *Comm. in Ritus*. 1588 pag. 16, accetta i 40 giorni.

Digitized by Google

a presentarsi era maggiore dell'ordinario (1). Anche tale eccezione fu conservata dal Cod. di Carlo Felice, che in materia di citazioni nulla innovò sul diritto precedente.

21. Gli effetti della citazione furono molto trattati dalla dottrina specialmente sulle norme derivanti dalle leggi canoniche. Si disse: la citazione costituisce una *praeventio fori* (2), in quanto l'attore sceglie fra le molte giurisdizioni quella che crede competente: — opera la litispendenza colla conseguenza: *lite pendente nihil innovetur*, donde il divieto di alienare o ipotecare i beni oggetto della lite (3): — assicura il possesso dell'oggetto contestato a chi lo detiene e dà a questo il *remedium attentatorum* (4) — interrompe la prescrizione: *libellus interrumpit praescriptionem.*

La citazione si intimava a chi aveva la legittima rappresentanza; pei figli di famiglia, finchè stavano nella casa paterna, si intimava al padre, salvo che, pur abitando col padre, esercitassero mercatura (5), o essendo forestieri avessero negozio in città (6). Nella pratica piemontese e napoletana era valida la citazione fatta in persona di un mandatario generale o costituito *ad negotia* (7). Singolare disposizione è quella fiorentina che punisce chi cita fuori di Comune persona legata in parentela fino al 4° grado (8). Tutti avevano l'obbligo di comparire eccetto gli infermi e a Venezia quelli *qui panem et vinum habuerunt ad eundum foris Venecias*; all'assente davasi termine congruo, come chi doveva partire per ragioni di commercio, aveva diritto di interpellare l'attore perchè concretasse le sue domande, e, in caso di ritardo, era prosciolto da ogni molestia (9). Legittimo impedimento

---

(1) Capitula curiarum, II, 3, 1; LATTES, in *Studi econ. giuridici della Facoltà giurid. di Cagliari*, I, 1909.

(2) c. 19, X, de foro compet.

(3) DURANTIS, IV, part. 1, de libelli concept.

(4) MARANTA, p. VI, et quandoque appellatur, n. 403 e seg., pag. 537. Su questi effetti v. il cit. BARONIO, al vol. II; UBERTUS, TUSCHUS, *Concl.*, lett. C.

(5) Stat. di Brescello, 1697, II, 35; Fiume, II, 6.

(6) Stat. di Parma, 1590, II, pag. 74: *de oriundis de alieno territorio stantibus Parmae et ibi negociationem exercentibus vel tenentibus stationem conveniendis etiam si patres non habent.*

(7) RICCI, *Pratica civile*, III, pag. 119; DE LUCA, *De iudiciis*, disc., IX, n. 20.

(8) Stat. di Firenze, 1415, II, 20.

(9) Iudicia venet., 26 e 73; PITZORNO, *Consuet. giudiz. venez.*, 25.

Digitized by Google

a comparire erano il periodo di peste, di guerra, il lutto famigliare anche per morte del servo (1).

Sia detto una volta per tutte che in Italia non era seguita la regola romana di citare il reo per ogni atto del giudizio: ma la facoltà del citato di difendersi contro ogni atto introdusse che se egli voleva essere inteso, dovesse regolare la contumacia, il che importava rinnovazione di citazioni.

§ 6. *La contumacia.*

22. Dopo tre citazioni rimaste inefficaci era dichiarata la contumacia i cui effetti variavano da città a città, secondo che, cedendo a idee ereditate dai tempi barbarici, si assimilavano contumacia civile e criminale, o secondo prevalevano le tradizioni romane. Poichè la criminale era repressa col *bannum*, così vedonsi città minacciare lo stesso *bannum contumaciae* al disubbidiente in causa civile (Piacenza, 1336, II, 50) o un banno attenuato, il *blasmum* (Milano e Parma). A Pisa si parla di *bannum* e di multa *tamquam de maleficio* (2). A Padova si molestavano i parenti perchè inducessero il citato a presentarsi: a Roma nel sec. XII occorse vietare le *fossurae in causis civilibus*, cioè i danneggiamenti alle case (3). In altri luoghi era lasciato all'arbitrio dell'attore chiedere il bando o l'immissione in possesso (4). A Como il bando era riservato per le azioni personali: a Piacenza e Reggio si minacciava di arresto il contumace (5). In Sicilia i Normanni avevano introdotto contro lui sanzioni penali, multe che Federico II proporzionò ai beni (⅓ dei mobili: I, 99, 100, 101, 106). Per Consuetudini sicule si suggellava la casa e lo si puniva se rompeva i suggelli (6). All'antico diritto napoletano non erano ignote misure repressive contro il contumace in causa civile, potendo l'attore chiedere al giudice di catturarlo *manu mili-*

(1) Costit. piemont., III, tit. V, § 6; v. SOLA, pag. 336.

(2) Breve Pisan. Civ., in BONAINI, I, 204; Stat. di Pistoia, 1296 III, 25; IV, 53; Breve pop. Pist., 1284, pag. 173.

(3) Stat. di Roma, ed. RE, I, 3; II, 3.

(4) Stat. Com. Novicom., 1184, 311; Padova, 542, 487.

(5) Stat. Cons. Cumac., 83; Stat. Piacenza, 1391, II, 24, 49; Reggio, sec. XV, II, 3.

(6) Consuet. di Palermo, 1; Messina, 56; Trapani, 48; GENUARDI, *Proced. civile in Sicilia dopo i Normanni*, 1906, pag. 31; Cap. Federici III, c. 22.

Digitized by Google

tari, di ricercarlo e tradurlo colla forza a rispondere in tribunale (1). Anche il diritto canonico minacciando la scomunica al contumace non faceva differenza fra il rifiuto ad obbedire in causa civile o criminale. Si noti però che il diritto canonico propugnò il principio che il giudice dovesse ricercare la verità anche nell'assenza del reo, principio che in seguito penetrò nella legislazione statutaria (Roma, ed. Re, I, 22).

Altre città avevano invece adottate le misure romane, e in base al presupposto di una confessione presunta concedevano a questo l'*investitura salva querela*, la *missio in bona*, la *possessio taedialis* (dal tedio che doveva colpire il contumace spossessato), semprechè il giudice lo credesse, perchè egli doveva dare il *liquet* (*absenti suppleatur Dei praesentia*) sulla sua pura coscienza (2). Questo possesso era dato con un decreto, *ex primo decreto*, dopo aver ricevuto dall'attore il giuramento *de cal.* equivalente alla *lit. cont.*. La contumacia era intesa come confessione delle domande esposte nel libello; però il giudice doveva *cognoscere et sententiare interloquendo, ac si lis esset contestata* (3), e ciò *in poena contumaciae in non respondendo libello* (4). La *missio in poss.* era un provvedimento giudiziario, *secundum morem Italiae* (5), preso *non in odium latitantis*, con cui sequestravansi prima i mobili, poi gli immobili, dandone all'attore la custodia e *defensio in honorem*, cosicchè l'*actor missus* non era *verus possessor*, dovendo restituire cosa e frutti, se l'avversario dava cauzione di presentarsi, ed entro un anno egli aveva diritto di rivendicarla con giudizio petitorio.

E sulla *missio in poss.* grande è la varietà delle leggi: dove era concessa anche dopo una sola citazione e trasformata in definitiva dopo breve tempo (6), dove limitata *pro modo debiti* (7):

---

(1) Ritus 205; Stat. di Nocera, 1371, II, 3.

(2) Ritus M. Curiae, 203, 214, 304.; Carta de logu, 52.

(3) Così nella convenzione fra Modena e Ferrara del 1227: MURATORI, IV, 421, 437.

(4) P. DE FERRARIIS, IV, 2: *In quibusdam locis per statuta terrarum provisum est quod in poena contumaciae in non respondendo libello lis habeatur pro contestata, quae poena non habet locum de iure comuni.*

(5) Così DAMASUS, I, 15, XIII, XXII; PILLIUS, III, 18; TANCR., II, 4; DURANTIS, II, 1, de contum.; Stat. di Roma, 1523, I, 54, 55; Gubbio, 1685, II, 15; Urbino, 1559, II, 7.

(6) Stat. di Modena, 1327, III, 115, dopo due mesi; Ravenna, 1548, II, 6, dopo quattro; Brescia, 1585, pag. 254, dopo 3 giorni; Sassari, 1316, II, 4, dopo 15. Altri esempi in RISPOLI, *Proc. civile contumaciale*, 1911, pag. 157.

(7) Stat., Venet. 1242; Ascoli Piceno, 1377, II, 1; Carta de logu, 52, 53.

Digitized by Google

dove accordata sul semplice giuramento dell'attore: dove richiedevansi prove e altre citazioni (1). Ancora avevasi riguardo alla qualità del contumace: se persona sospetta (2), se mercante di cui temevasi la fuga (3): e allora termini abbreviati pel sequestro. Ancora emesso il primo decreto non si ristava dall'escogitare espedienti per costringere il contumace a presentarsi e a pagare: e si è detto delle pene pecuniarie che furono usate in Piemonte e graduate secondo la durata della disobbedienza e la qualità del contumace, se nobile o agricoltore (4): e Maranta (VI, pag. 376) parla di una *nova poena et pulcra sed parum cognita a iudicibus* (forse alludendo ai suoi conterranei e al carcere che minacciavano le leggi napoletane), consistente nel vietare ai coloni di coltivare i fondi del contumace e di pagargli i fitti. E a Padova il contumace che intendeva soddisfare e riprendersi i beni doveva pagare un interesse del 20 % al mese pel tempo del sequestro (5).

23. Qualora tanto rigore non valesse, si passava alla pronuncia del *secondo decreto*, il quale rendeva il creditore sequestratario *ex primo verus et irrevocabilis dominus*. Fra i due decreti doveva decorrere del tempo, da un mese a tre, a un anno, oppure era lasciato all'arbitrio del giudice: e nell'intervallo il debitore poteva ricuperare la cosa, pagando il debito, le spese e la multa. Il giudice prima di emettere il secondo doveva decidere sull'*absentia* e sulla *indefensio* se giusta o ingiusta, perchè di fronte a conseguenze sì gravi la dottrina aveva elencato tante scusanti e con altrettanta facilità, come la malattia del citato e dei suoi consanguinei, l'assenza per pellegrinaggio, la gravidanza, la povertà, l'essere *male vestitus*, l'opinione della incompetenza del tribunale, la violazione dei privilegi del foro, ecc.: tutte *fallentiae* che autorizzavano il giudice a non concedere il secondo decreto (6). Specialmente nell'Italia meridionale, dove la procedura dei due de-

---

(1) Const. patriae Foroiulii, c. 28.

(2) Stat. di Pistoia, 1296, II, 60; Perugia, ed. Azzi, II, 4; Constit. dei consoli del placito di Siena, ed. Zdek., c. 38: *si persona rei fuerit suspecta rem faciam sequestrari*, ecc.; Padova, 1281, I, 4.

(3) Stat. dei mercanti di Brescia, 1429, c. 58.

(4) Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 15, ed. Nani.

(5) Stat. di Padova, ed. Gloria, c. 484. E a Milano, 1588, I, 4; Lucca, 1539, I, 23; Bologna, I, 15, pag. 439, ed. Saccus, non incorreva in una pena pecuniaria in favore del fisco.

(6) Ritus M. C., 120, 121, 123. Per la Sicilia: Ritus 37.

Digitized by Google

creti fu accolta in sostituzione delle pene minacciate dalle leggi di Federico II (1), si abbondò nelle cautele, volendo sì reprimere la *superbia contumacis* ma anche circondare di garenzie l'emissione del secondo decreto (2).

24. Nelle leggi anteriori al sec. XVI la materia della contumacia è esposta sotto i titoli *de tenutis*, *de praesis* o *de praedis*, di possesso tediale (3), e nelle opere giuridiche i due decreti ebbero ampie trattazioni, studiando cercare differenze fra il 1° decr. e la *tenuta*, che nelle leggi più antiche assumeva il carattere di privata invasione di beni, e anche più tardi si trovano statuti, nei quali conservava alcunchè di tale origine, potendo essere concessa dal giudice *sine oblatione libelli*, cioè anche senza esporre un simulacro di ragioni, senza un elenco di prove e senza il giuramento di calunnia, ma colla sola citazione fatta per editto o per bandi (4). Per questo davasi il nome di *praesa* al *praeceptum quod fit debitori* (5). Questo carattere si osserva di preferenza negli statuti di Belluno, Feltre e di alcune città istriane, o importatovi dai territori della repubblica veneta o di origine indigena; e si dice che avvenuta la *praesa*, seguiva la vendita all'asta e che, restando questa deserta, facevasi la consegna dei beni a un curatore (6). Soltanto la privata invasione era stata vietata, punendosi chi entrava nella casa del debitore contumace *causa apprehendendi tenutam* (7).

25. Fu molto lento e malagevole lo svolgimento che doveva riescire a liberare la contumacia civile dalle conseguenze penali. Una legge fiorentina del 1415 ma conservata nelle redazioni del sec. XVII (II, 58), a proposito del *praeceptum disgumbrandi*,

---

(1) Pragm. 3 e 4, de ordine et forma iudicior., tit. 182 (di Ferdinando I, an. 1447), vol. III, pag. 567.

(2) MARANTA, VI, pag. 377.

(3) Stat. di Lucca, 1308, di Bologna, 1250, IV, 1; di Pistoia, di Parma, di Roma, ed. RE, II, 3; di Orvieto, 1581, II, 10, 13; Costit. egidian., IV, 5.

(4) Stat. di Brescello, 1697, II, 39.

(5) Stat. di Lucca, 1539, I, 40; Feltre, 1749, III, 23; Fiume, II, 7.

(6) Stat. di Belluno, 1747, II, 43, 79, 80; Fiume, II, 7; Spalato, Stat. et leges civ. et insulae Curzolae, 1214-1558, ed. HANEL, 1877, III, 2; Rovereto, 1425-1610, ed. GAR, c. 17, pag. 71.

(7) Stat. di Rovereto, cit.; del Lago maggiore, sec. XIV, ed. ANDERLONI e SELLA, c. 174.

Digitized by Google

mostra come al non rispondere alla citazione seguisse senz'altro atto giudiziario il sequestro colla condanna a spese, danni e a multe. Lo statuto di Brescello del 1697 (II, 7) consacrava ancora questa regola: *contumax debeat pignorari et detineri personaliter per militem potestatis.* Ma altre città, come Venezia, Milano, ecc., avevano orientato il loro diritto nel senso di abolire le pene e trattare la lite come se le parti fossero presenti (1). A questo concetto si era informata la dottrina di Durante e successori, pei quali il secondo decreto presupponeva un procedimento senza contradditori ma colla presentazione di prove che il giudice valutava. La pratica romana e toscana richiedeva all'attore prove certe, e respingeva la presunzione che il contumace fosse confesso (2). Però devesi arrivare alla fine del sec. XVII per vedere abolite a Napoli le pene della contumacia civile (3), e così in Piemonte (4). In Sicilia però fin dal sec. XVI non vi erano più pene: soltanto il contumace doveva pagare le spese, e inoltre non era udito in giudizio in nessuna altra sua causa (5).

26. La contumacia dell'attore importava pene (6), e pagamento dei danni e spese a favore del convenuto (7): egli non poteva rinnovare la citazione se non presentando cauzione (8). Al citato era riconosciuto il diritto di proseguire il giudizio, e il giudice sentenziava col *si liquet*, assolvendolo cioè *ab observatione iudicii*

---

(1) Volumen statut. venet., ed. 1606, I, 9.

(2) VESTRIUS, *Praxis*; ASINIUS, c. 4: RIDOLPHINUS, I c. 13: SCACCIA, I c. 91, ecc.

(3) È il dispaccio del 22 agosto 1693. Un dispaccio 1741 le mantenne in alcuni casi, secondo la condizione delle persone, per es. in caso di matrimonio clandestino, 2000 ducati pei nobili. Le multe servivano a comprare il pane dei carcerati (disp. 1760, 1778). Tali pene non potevano condonarsi, se prima non si era comparsi nel giudizio (Pragm. 7, de citat., 1527; Pragm. 11, de actuar., 1589).

(4) MORO, *Pratica legale*, 1772, I, tit. 25.

(5) CUMIA, *Comm. in Ritus*, Pal. 1588, pag. 23.

(6) Il banno a Vercelli, 1242.

(7) Con multe e perenzione dell'istanza a Roma, I, 7; Montefeltro, 1384 I, 27; Parma, 1590, II, pag. 60; Verona, 1747, II, 29; Vergate, c. 46; Lago maggiore, c. 50; Frignano, IV, 8.

(8) Stat. di Pola, ed. BENUSSI, 1911, II, 3. Le leggi piemontesi erano più rigorose nella contumacia dell'attore che del convenuto; R. Costit., 1770, III, tit. V, § 3 e 4. Cfr. SOLA, *Comm. ad decreta Sabaudiae*, pag. 33: *magis praesumitur contra actorem non comparentem.*

Digitized by Google

nullo regressu reservato actori (1). Però l'attore assente doveva essere citato coi termini di legge (2).

§ 7. *Partecipazione di terzo al giudizio.*

27. Le teoriche dell'*interventio, litis denunciatio, laudatio auctoris* ricevettero da parte dei nostri antichi proceduristi contributi e sviluppi i quali è dovere mettere in evidenza. Erano tutti argomenti già presi in considerazione dal diritto romano; però siccome di maggior rilievo furono, per es., i casi in cui il diritto canonico e il feudale e quindi il diritto comune ebbero a studiare la materia del terzo interessato, dell'*is cuius interest* (3), così ne vennero trattazioni più ampie e particolareggiate. Il diritto romano aveva considerato l'intervento solo nel momento dell'appello: i proceduristi italiani diedero al *tertius* — il nome che essi posero innanzi, la facoltà di far valere il suo interesse in ogni fase della lite.

Tertius è chiunque ha non solo un *qualequale interesse*, ma può avere un *qualequale preiudicium*, cioè anche lieve (4). Tale allargamento della facoltà di essere *superveniens* nel giudizio fu opera delle leggi canoniche, e precisamente di canoni che contraddicono alla regola romana invocata: *res inter alios acta non noceat* (5). La Chiesa aveva costituito un diritto patrimoniale con relazioni molto complicate: vi erano enti cui competevano aspettative, che potevano subire danni da pretese altrui: l'esito di una lite che pur non li riguardava direttamente, doveva essere vigilato: per es. in materia beneficiaria non mancavano persone singole e famiglie, che attendevano la vacanza per chiederne la investitura; e poteva darsi che due o più persone vi aspirassero. Se una ne avesse chiesto

---

(1) MARANTA, VI, v. recte concipitur citatio, n. 34, 68: et advertatur circa censum.

(2) Volum. Stat. Venetorum, I, c. 11: « colui che è chiamato per bina contestatione possa chiamar a corte colui che l'ha chiamato lui, acciochè vegna a dir per che cosa l'ha chiamato » e se non viene, si assolverà il convenuto, lib. VI, c. 5: « li zudesi possano assolvere il reo non proseguendo l'attore a petitione del reo ».

(3) l. 4, § 2, Dig. de appell., XLIX, 1; l. 2, § 1, Dig. quando appell., XLIX, 4; l. 1, prin. Dig. de appell., rec. XLIX, 5.

(4) DURANTIS, II, 3, de appellat.

(5) c. 17, X, de sent. et re iudic., II, 27; c. 15, X ,de offic. et pot. iud., I, 29.

Digitized by Google

giudizialmente l'investitura e fosse in lite col vescovo, poteva l'altra pur essendo a cognizione dell'azione giudiziaria, fare opposizione al processo, e non avendola fatta a tempo, poteva in seguito contraddire alla sentenza ed appellare? I canonisti ebbero in ciò pretesto a studi che li posero a contatto di non lievi questioni giuridiche e procedurali.

Poi vi era un altro diritto il cui ordinamento fondiario presentava notevoli somiglianze col beneficiario canonico e che dava luogo a identiche controversie, il feudale. Anche qui non una ma due o più persone potevano avere sulla stessa cosa interessi divergenti, e una correva rischio di essere pregiudicata da una sentenza pronunciata in una causa fra altre persone: doveva intervenire, far valere il suo interesse, dimostrare il possibile pregiudizio.

E ancora: la società medievale sentiva, alla sua maniera, una solidarietà fra i componenti più efficace e attiva della nostra. Le famiglie erano aggregate in consorzi famigliari, a cui congiungevansi condomini per le indivisioni delle proprietà, per gli oneri sui feudi e i fidecommessi, per gli obblighi solidali della corresponsione dei canoni. L'uso dei patti successori, dei fidecommessi familiari, delle sostituzioni, dell'assenso del parentado alle alienazioni, delle prelazioni e retratti ed altri divieti a che i beni non uscissero dal cerchio famigliare, davano luogo alla possibilità di quel *pregiudizio* per intervenire in una causa *inter alios acta*. In ultimo un sentimento più generale di umanità o più propriamente di carità, che insieme all'interesse della parentela è menzionato dai più antichi proceduristi (1). Ecco le ragioni che diedero largo sviluppo all'*intervento di terzo* nei giudizi e ne fecero elaborare una teorica (2).

Il merito principale spetta a Bartolo e Baldo per i civilisti, a Enrico di Susa, l'Ostiense card. di Susa pei canonisti. Questi riconobbero anche al *tertius cuius non interest* il diritto di opporre l'eccezione di scomunica: e gli uni e gli altri gli attribuirono lo

(1) Nelle cause criminali può appellare il consanguineo, l'estraneo *ratione humanitatis*; TANCREDUS, IV, 5; PETRUS DE UNZOLA, ad *Rolandini Summa noter.*, lib. VI, pag. 99.

(2) WEISMANN, *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, 1884; Id., *Die Entwicklung der Principalintervention in Italien*, nella *Zeitsch. f. Rechtgesch.*, 1880; SABBATINI, *Sull'intervento in causa*, 1880; GALLI B., *Contributo alla teoria dell'intervento principale*, in *Arch. giurid.*, 1906.

Digitized by Google

stesso diritto nei processi *contra iuris praecepta* (1): e ogni qual volta si tratti di pubblico interesse (2). L'innovazione della dottrina italiana sta nell'aver riconosciuto l'intervento del terzo in qualunque fase del giudizio e non solo nell'appello, come in diritto romano: *tertius admittitur in iudicio in prima instantia — tertius pro interesse suo potest in iudicio comparere et excipere*: e la sua azione fa differire la lite, può opporsi contro carte presentate in giudizio, può ricusare giudice, presentare nuove posizioni, nuovi testi, impedire la restituzione dei depositi e l'esecuzione del banno e infine invocare, se chierico, il privilegio di foro ed esigere il *iudex suus* per tutta la causa (3). — Per quanto riguarda il diritto di appellare, fu riconosciuto al terzo, senza limitazioni, *etiam si sua appellatio sit tertia a sententia, dum tamen ipse non appellaverit sed litigator per dolum* (4): presenta per suo conto il libello, prosegue l'appello se vi è desistenza dell'appellante, nè gli pregiudica la rinuncia di questo, può aderire all'appello del soccombente di prima istanza, può ancora appellare da sentenza pronunciata in appello, è udito contro le tre sentenze conformi, e tutto ciò non ostante la clausola *appellatione remota* (5). Il giudizio doveva essere unico e unica la sentenza: e tale principio era stato consacrato dalla legge feudale, come dalla canonica. Si è detto che anche il diritto feudale concorse a concretare la dottrina dell'intervento, ma nel senso che i feudisti presero in prestito dai canonisti quanto questi avevano elaborato per risolvere le controversie fra più aventi diritto o interessi, e per costringere i terzi pretendenti al benefizio a intervenire nel giudizio. Però anche i *Libri feud.* (II, 27, 8, an. 1156) avevano stabilito che la sentenza come pronuncia di accertamento fosse possibile anche fra più di due parti aventi interessi contrari (*tres vel plures con-*

---

(1) BALDUS, l. fin. Cod. de fidecom., VI, 42.

(2) Id., l. ubi pactum, Cod. de transact., II, 4.

(3) BARTOLUS, l. fin. Dig. de petit. haered., V, 3; l. 5., is qui, Dig. de rei vindic., VI, 1; l. si alienam, Dig. solut. matr., XXIV, 3; BALDUS, in authent. nunc si haeres, Cod. de litigiosis, VII, 37; l. si eo, Cod. de remiss., VIII, 26; ALEXAND. TARTAGNA, l. si perlusorio, Dig. de appell., XLIX, 1.

(4) BARTOLUS, l. a sententia, Dig. de appell., XLIX, 1; BALDUS, l. si parentes, Cod. de evict., VIII, 45.

(5) Su questi punti oltre BARTOLO e BALDO al tit. de appell., vedi i canonisti ANT. DE BUTRIO, ABBAS PANORM., ANDREA BARBOSA, IOAN. ANDREAE ai comm. al c. 38 de test., c. 2 in VI, ut lite pend., II, 8.

Digitized by Google

tendunt de eodem beneficio producentes utriusque diversos investitores) e che fosse unica per tutti, affinchè *cognita rei veritate possessor beneficium suum quiete obtineat iudicio et iustitia dictante, alter de manu sua illud eripiat.* I feudisti commentando questo passo e facendo l'ipotesi che non solo attore e convenuto contendessero fra loro, ma entrambi insieme contendessero contro il terzo possessore (1), fecero tesoro degli insegnamenti dei canonisti in materia di intervento, del quale allargarono la sfera di azione, in quanto che, data l'unicità di giudizio fra persone aventi interessi contrari, dissero che il terzo assumeva nel giudizio una funzione principale, difendendo un interesse suo proprio, e non accessoria quale sarebbe stata se intesa a concorrere alla difesa altrui.

28. La giurisprudenza posteriore accettò questi concetti, e l'intervento del terzo in giudizio già iniziato non incontrò difficoltà nella pratica: solo il terzo doveva sommariamente provare il suo interesse, e prendeva posto nei termini in cui il processo era giunto: poteva opporsi all'attore o al reo di stare in giudizio, o poteva venire in soccorso dell'uno o dell'altro. Però si era respinto che il terzo potesse invocare privilegio di foro e mutare il giudice davanti al quale la causa era iniziata (2). Dove la giurisprudenza accentrò il suo spirito novatore fu nell'interpretare largamente il concetto di interesse. Già Bartolo aveva scritto: *ex principio quod propter quale quale praeiudicium quis potest appellare a sententia inter alios dicta* (3): tale massima restò, e l'adottò la pratica nostra (4). Le applicazioni furono notevoli in materia delle *inhibitiones*, potendo il terzo escludere l'attore dal processo, proibire gli atti esecutivi, opporsi cioè all'esecuzione di sentenza emessa in un giudizio nel quale non era stato citato (5).

---

(1) BALDUS, *Feudorum usus comment.*, Venet., 1530, pag. 58. Le parole di Baldo furono riportate dall'Imolense Alessandro Tartagna e poi riprodotte da tutti gli scrittori di materie feudali e civili a proposito della l. is a quo: Dig. de rei vindicat., VI, 1.

(2) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. II, c. 4; GRATIANUS, *Decis. forenses*, cap. 850, 869, 1000; TUSCHIUS, *Concl.*, voce *Tertius*, lettera *T*.

(3) l. a sententia, Dig. de appell., XLIX, 1.

(4) SCACCIA, *De appellat.*, qu. 5, n. 73.

(5) P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. execut. sent., gloss. 1, n. 16. Questione molto trattata in materia di censi: v. DE BALLIS, *Tract. varii* (a proposito di Pramm. sulla Bolla de censibus), pag. 269.

Digitized by Google

29. Nella pratica l'intervento si svolgeva con atto di opposizione: *intentat petitorium agendo — deducit ius suum contra quemlibet*: il terzo diveniva parte principale; la lite si allargava: *tres contendunt de eodem beneficio.* La causa si risolveva con unica sentenza. Tale intervento fu detto principale, diverso dal volontario verificantesi quando alcuno compariva in giudizio *ad adiuvandum reum vel actorem*, perchè col principale domandavasi al giudice riconoscimento e attuazione di un proprio diritto di fronte a entrambi i contendenti; cioè agivasi *pro interesse separato et diverso* (1). Eccezionalmente le leggi parlano dell'intervento (2) rimettendosene alla dottrina, che dopo il sec. XVII sottilizzò intorno alle diverse forme, qualità ed effetti (*ad escludendum, ad petendum pro se, ad infringendum iura utriusque competitoris*, ecc.), piuttosto complicando che chiarendo. Liberando le pagine dei proceduristi del sec. XVIII dalle solite superfluità e sottigliezze, si può dire che essi riguardavano l'intervento principale come istanza per sè stante, rivolta al giudice del processo pendente e contro ambo le parti del processo stesso, diretta ad ottenere giudizio avente efficacia di cosa giudicata contro tutte. La Rota romana raccomandava che la causa principale non subisse ritardo dall'intervento del terzo (3), a meno che questi non si sostituisse a una parte, dimostrando di essere principalmente interessato per condurre in proprio la lite (4). Il terzo che agiva nel suo interesse contro entrambe le parti del processo pendente, non era tenuto a far valere lo stesso diritto sul quale le parti principali fondavano le loro pretese (per es. se le parti principali discutevano sul diritto di locazione, il terzo poteva intervenire e far valere il suo diritto di proprietà ed ottenere per sè la cosa locata): bastava che provasse il suo diritto ad avere la cosa controversa, nè era necessario che la sua azione fosse connessa con quella delle parti principali.

---

(1) SCACCIA, *De iudiciis*, II, c. 7, n. 349.

(2) Stat. di Orvieto, 1581, II, 25.

(3) *Rotae rom. Decisiones antiquiores*, de iudic., 4: *tres veniunt ad causam beneficialem... tertius qui venit pro interesse suo... deducit ius suum*; *Decis. Rotae*, Lione, 1531, pag. 140: *tertius venit ad causam pro se... ideo causa inter primum et secundum est distincta a causa tertii: non retardabitur propter tertium iustitia.*

(4) In questo caso dicevasi che il terzo *infringebat iura competitorum ex eodem interesse unius ex litigatoribus.* SCHETTINUS, *De tertio veniente ad causam ante et post sententiam*, Venet., 1722, pag. 18.

Digitized by Google

Le dispute dei giuristi sugli effetti dell'intervento sono riassunte in un trattato speciale che vide la luce al principio del sec. XVIII e nei soliti repertori. Per es. si contendeva: si poteva intervenire in qualunque momento e far sospendere il giudizio pendente? oppure doveva instaurarsi un giudizio *ex novo*? come il terzo poteva salvaguardare i suoi diritti contro la parte che fosse vincitrice? poteva ottenere cauzioni?, ecc. La dottrina più sicura gli accordava il diritto di partecipare al giudizio che doveva essere sospeso, finchè il giudice non avesse con unica sentenza pronunziato sull'istanze di tutte le parti in causa (1).

30. L'intervento fu accolto sì nella pratica piemontese (2) che nella napoletana (3) e anche nelle altre regioni d'Italia: ma sembra che desse luogo ad inconvenienti, perchè la solita astuzia forense se ne valeva come espediente per prolungare le liti: da ciò i provvedimenti legislativi per disciplinarlo collo scopo di eliminare gli abusi (4): e parve trovato il rimedio obbligando l'interveniente a giurare circa la realtà del suo interesse e dando mallevadoria per il risarcimento dei danni (5).

31. Il terzo poteva essere costretto a intervenire nel giudizio: era quello che i Romani chiamavano *litis denuntiatio* e che in Italia più comunemente fu inteso col nome di *nominatio auctoris* (6). Civilisti e canonisti imaginarono speciali mezzi procedurali per far sì che a un giudizio iniziato o a una sentenza pronunciata intervenissero altri aventi interesse; e furono le provocazioni *ad opponendum*, l'*interventio ad infringendum iura utriusque competitoris* e le citazioni giudiziali. Le prime consistevano in atti rivolti da una parte ad altri estranei al processo per sollecitarli a difendersi in una causa, dalla risoluzione della quale potrebbero avere pregiudizio. L'espressione *provocatio* era tolta dal diritto romano collo stesso significato di *ad iudicem vocare* (7) (e in

(1) SCHETTINUS, op. cit., pag. 25; SCACCIA, *De appellationibus*, 1612, lib. III, c. 2, pag. 536.

(2) FABER, *Codex fabrianus*, lib. III, tit. 1, def. 7.

(3) CAPYCIUSLATRO, *Consultat.*, 24; CARLEVALIUS, *Disputat.*, lib. I, tit. 3.

(4) Stat. di Cremona, 1578, c. 323; Casalmaggiore, pag. 97; Lucca, riformato, I, 109.

(5) Legge veneta del 1640, in Statuti veneti, Venezia, 1729, pag. 789; PIGANTI, *Comm. allo Statuto di Ferrara*, 1650, pag. 459.

(6) Vedi i commentatori alla l. 2, Cod. III, 19; DURANTIS, II, p. 2, de primo decreto, § 3, n. 16; MARANTA, VI, rubr. de laudatione.

(7) BARTOLUS, l. 25, Dig. de admin. et periculo, tit. XXVI, 7, n. 5: *quod omnis modus per quem quis invocat auxilium iudicis potest dici provocatio.*

Digitized by Google

tale significato si ebbe la *provocatio ex l. Diffamari — ex l. si contendat*, con cui indicavasi la lite promossa da alcuno per liberarsi da un'accusa (1) o nel senso canonico di purgarsi (2). Colla *provocatio ad opponendum* si indicava l'invito rivolto a un terzo per difendersi da un provvedimento giudiziario, di aderire a un appello (*si quid iudicatis opponere maluerit*) o a una *supplicatio* a un tribunale superiore. Colla *nominatio auctoris* il compratore in procinto di soccombere in giudizio di rivendicazione denunciava *litem de evictione* al venditore invocandone l'assistenza. La pratica italiana derogò al diritto romano nel senso che essa ammetteva che la denunzia di lite si esperimentasse prima che si fosse verificata la soccombenza nella causa principale, e voleva che il giudizio si svolgesse dinanzi allo stesso giudice di questa, malgrado che il venditore godesse privilegi di foro (3). Si ebbe così un unico atto e un *simultaneus processus*, dal che risulta che l'attuale chiamata in garanzia non è che l'antica denunzia di lite; quindi conosciuta e praticata da secoli in Italia, proprio nel senso e nei modi che poi la disciplinò il Codice francese (4).

L'altro mezzo cioè le citazioni giudiziali si avevano quando la parte si presentava al giudice e chiedeva che si citasse il terzo che pretendeva aver diritto al beneficio controverso. In tal caso il terzo poteva fare opposizione nel giudizio, ma una volta la sentenza pronunziata, non gli era più concesso di sostenere il suo diritto, opponendosi al giudicato. In ogni ipotesi il terzo opponente poteva anche fare volontaria opposizione senza bisogno di citazione: allora doveva tollerare che il giudizio avesse efficacia anche contro di lui. Siccome però il processo romano-canonico

(1) BALDUS, l. 5, Cod. de ingen. manum., VI, 14, n. 6 e 10; e in *Pract. iudiciaria*, de citat. Lugd. 1528 f. 12; ANGELUS ARETIN., in rubr. I, de except., n. 23; ALEX. TARTAGNA, *Consil.*, II, 52; V, 103.

(2) HOSTIENSIS, *Summa aurea*, tit. de inquis., n. 7.

(3) FABRO (*De error. pragmat.*, lib. III, tit. 12, def. 1) constatava la deroga e la diceva errore dei pratici ignari del diritto romano. Ma a Napoli tale deroga era voluta sì dalle leggi (Pragm. di Ferdinando I, 1477: dubitationem circa dilationem; nel dir. napol. l'eccezione *lodare in autore* esperimentavasi in caso di evizione; Pragm. 2, de dilat.) che dai tribunali (SANFELICIS, *Praxis*, 62; SORGE, id., c. 80).

(4) Così infatti le Cost. piemont. 1770, tit. I, art. 7, e le estensi, lib. I, tit. IV, art. 8: « i venditori, autori e promissori di indennità ai quali sarà denunziata la lite per assumerne la difesa, compariranno allo stesso foro ove si agita la lite senza poter allegare privilegi di foro ».

Digitized by Google

rimaneva sempre quale era, cioè un atto *trium personarum*, vale a dire dell'attore, del convenuto e del giudice e non era ammessa l'intrusione di estranei, così il terzo opponente assumeva la figura di interveniente accessorio per legittimare la sua presenza in giudizio. Mentre opponeva il suo diritto all'attore, difendeva il convenuto ed a questo scopo egli poteva propòrre istanze, presentare mezzi di prova e condurre da solo il processo, se il convenuto si fosse reso contumace o l'avesse abbandonato.

L'opposizione di terzo fu prodotto genuino della pratica italiana; certo, come tante altre dottrine, imbastardì nella casistica e nell'assenza di una chiara teorica, ma fu danno che il Cod. delle Due Sicilie 1819 e poi il Regol. gregoriano spezzassero la nostra tradizione per copiare dalle leggi francesi, cioè dalle Ordinanze del 1539, 1667, poi passate nel Codice napoleonico (1).

§ 8. *Cautele, termini e perenzione.*

32. Quanta e altrettanto inutile fatica siasi spesa nel prescrivere termini ai giudici e ai litiganti, per ogni atto, *ne lites immortales fiant*, lo dicono le innumerevoli disposizioni legislative, che tutto disciplinavano, senza però mai riescire a chiudere le porte alla astuzia forense. Fra le cautele ricordiamo quelle per allontanare i litiganti temerari, punire chi citava senza causa (2), chi si opponeva con aperto dolo (3), chi prolungava il processo con vane parole (4). Cautela ordinaria era l'obbligo della cauzione di perseverare nel giudizio fino alla sentenza, e di pagare al convenuto il decimo del valore della lite in caso di condanna, di contestare la lite entro due mesi, di risarcire al convenuto i danni al doppio se non la contestava (5). Pare però che tutte queste cau-

(1) GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione di terzo*, 1895, pag. 17; MENESTRINA, *Processo civile nello Stato pontificio*, in *Riv. ital. di sc. giurid.*, 1907, pag. 315.

(2) Stat. di Como, sec. XIV, 96-100.

(3) Stat. di Sinigaglia, II, 3; Fano, 1508, II, 2; Iesi, II, 8.

(4) Così a Venezia: *de multis rebus dicendis non placet Deo*; ROBERTI, *Magistr. venete*, I, 280.

(5) Stat. di Genova, 1673, II, 12. Su queste cauzioni però fino dal sec. XII scriveva TANCREDO, II, 14: *temporibus nostris cautiones praestari non videmus*; AZO, *Lectura in Cod.*, in Auth. generaliter, ad l. 25; DURANTIS, II, p. 1, de satisdat., § 1.

Digitized by Google

tele che vediamo ripetute in statuti del sec. XVII, fossero lettera morta, fino dal sec. XIII, per quanto desumevano i proceduristi antichi dalla pratica che nè dall'attore nè dal convenuto pretendeva cauzioni o al massimo solo pegni per le spese e la decima; ai quali rinunziavasi se il convenuto giurava nulla poter dare (1). I proprietari di immobili ne erano esonerati (2). Soltanto il procuratore del convenuto a richiesta dell'attore doveva prestare la *cautio iudicatum solvi*, anche su immobili nel caso ne fosse proprietario. In alcuni tribunali, informa Durante, esisteva la consuetudine di interrogare il convenuto se assentiva o no alla domanda dell'attore, e solo nel caso negativo il giudice gli consegnava il libello. Durante loda questa pratica, del resto non giustificata, perchè, dopo la consegna del libello, era al convenuto lasciato un termine *ad deliberandum* e prima non era tenuto a manifestare il suo *animus litigandi*.

Molto in uso furono nella pratica italiana le *proteste*, le *denuncie*, ed eran tante che Scaccia scriveva non bastargli la vita a descriverle; ad ogni atto procedurale associandosi una *protestatio* declaratoria, conservatoria, incitatoria, ecc. (3), da cui poi è nata l'attuale formola: salvo ogni altro diritto, ragione od azione, che, come insegnavano i pratici, non deve essere tardiva o *contra factum* (4). Abuso poi era fatto delle *inibizioni* e *diffide*, le quali erano chieste al giudice con atto introduttivo di lite, cioè colle stesse formalità proprie della citazione (5).

33. Ogni atto aveva il suo termine: e tali atti li abbiamo in parte elencati: libello, citazione, comparsa delle parti, esibizione dei mandati dei procuratori. Ma questo è nulla in confronto dei termini accordati prima e dopo la *lit. cont.*. Fra quelli prima vi era il *terminus ad dicendum et dandum in scriptis tam contra mandata quam contra personas procuratorum*: — *ad dandum et recipiendum libellum* — pel convenuto *ad deliberandum utrum velit cedere aut contendere*: — *perentorius ad omnes dilatorias vel declinatorias proponendas*: — *ad replicandum*: — *ad interloquendum super exceptionibus*. E dopo la *lit. cont.* e il giur. *de cal.*, il *terminus*

(1) PILLIUS, I, 1; TANCREDUS, II, 15; e le aggiunte di IOAN. ANDREAE al cit. l. di Durante.

(2) MARANTA, p. VI, de satisdat., n. 2.

(3) SCACCIA, *De iudiciis*, I, c. 30, pag. 60.

(4) DE ROSA, *Praxis civilis*, 1793, I, c. 10, pag. 166.

(5) SORGE, *Praxis civ.* 1743, c. 58.

Digitized by Google

ad ponendum — ad respondendum, ad ponendum articulos — ad probandum — ad dandum interrogatoria pei testi lontani — *ad dicendum contra personas testium — ad producendum instrumenta.* Infine arrivati alla *conclusio in causam* e alla sentenza, vi era il *terminus ad concomitandum* e *ad sententiam audiendam.*

Dovevano esser brevi; ma il giudice poteva accorciarli e allungarli per le distanze, le malattie, ecc. (1). Per lo più le leggi più antiche non li precisano, abbandonandoli allo *stylus curiae* o alla volontà del giudice: dove li stabiliscono, devesi notare che obbediscono a un principio cui volevano informata la procedura tutta, cioè la brevità. Per es. all'*oblatio libelli* si doveva rispondere entro 3 giorni o 10 al massimo (2). Le eccezioni declinatorie, perentorie *in viam dilatoriam* (incompetenza, suspicione, irregolarità nella citazione) dovevansi opporre entro 3 a 5 giorni.

Non si può negare che la legislazione statutaria non abbia cercato di affrettare la fine delle liti, sia stabilendo brevi termini per gli atti delle parti sia imponendo ai giudici di prendere l'iniziativa, imporre la fine e sentenziare entro un dato tempo. Le Costit. di Federico II (II, 24) ordinavano, per es., che le eccezioni si proponessero *eodem die, simul et semel.* Altre leggi tarpavano le dilazioni cavillose (3) e andavano perfino a vietarle tutte, come le consuet. di Bari che non volevano indugi per le cause penali, salvo per motivo di navigazione: ma indarno: chè la malizia aveva inventato delle cautele di proroga (4).

Contro le male arti avvocatesche (*abesto dolus malus et iurisconsultus*!) stava la minaccia della perenzione d'istanza contenuta nella celebre l. *properandum* (3, Cod., III, 1), monito alle parti e al giudice di por termine al giudizio entro tre anni, autorizzando la parte diligente a sollecitare una sentenza, scorso il triennio e citato per tre volte l'assente, dichiarando perento il giudizio se le parti erano state inattive per tre anni. Siccome però questa regola di origine romana non fu accolta nel diritto ponti-

(1) BARTOLUS, l. 2, Cod. de iudiciis, vol. VII, pag. 105; Auth. nisi breviores, Cod. de sent. ex brevitate, VIII, pag. 65; DURANTIS, II, l. de comparit.

(2) Const. r. Sic., II, 19; Consuet. di Bari, *de dilat.* (tre giorni); di Palermo, c. 5; Stat. di Cremona, 1578, c. 253; Fiume, 1530, II, 10. Nessuna dilazione per le cause penali a Bari, salvo che si fosse oltre mare.

(3) Stat. di Rimini, pag. 18; Velletri, 1477 ed. 1752, II, 5.

(4) BARTOLUS, l. 2, Cod. cit., vol. VII, pag. 93.

Digitized by Google

ficio (1), così nella dottrina si ingenerò confusione in quanto alcuni propugnavano la perenzione pel triennio, altri la negavano (2), altri si riportavano alle consuetudini locali (3), altri infine distinguevano sulla base del *de causa liqueat vel non* (4); ed ultima tesi voleva che non si parlasse di abbandono di causa ma di contumacia dell'attore assente da un anno. In seguito a tanta incertezza dottrinale il limite del triennio restò inosservato. Anche davanti alla malizia del convenuto di protrarre la lite Durante non ricorda l'obbligo del giudice di finirla entro il triennio (5): Azone ammette che il giudice possa concedere dilazioni (6): e apertamente Bartolo e il Card. di Susa scrivono: *hodie non habet locum ista lex* (7). Il giudice non era più responsabile pel protrarsi della lite, in armonia alla posizione passiva tollerata nella procedura romano-canonica. Ad impedire che le liti divenissero eterne vegliavano, ma senza efficacia le leggi. A Venezia la sentenza doveva pronunciarsi entro 3 o 6 mesi secondo la natura della causa (8): ma a Venezia tutto il procedimento era orale: a Milano (cons., I, 3) il console stabiliva *infra quod tempus causam ipsam debeat terminare.* In Piemonte legge di Amedeo VIII (II, 1) non concedeva alle parti che un anno per dare le prove, elencare le posizioni, conchiudere in causa, e, scorso l'anno, un mese al giudice *pro actis visitandis et sententia dictanda.* Gli antichi statuti di Roma (II, 3) accordavano due anni alle parti, *quo biennio elapso, instantia pereat* (9), e così in Sardegna (10): in Piemonte e Savoia entro un anno (11). Ma vi sono anche termini più brevi: e molti statuti

(1) Decretale di Onorio III, c. 20, X, II, 1, de iudiciis.

(2) PILLIUS, III, 1, pag. 85.

(3) TANCREDUS, II, 4; GRATIA, I, tit. 7, § 2; VACARIUS, ed. WENCK, nota 20, pag. 215; PLACENTINUS, *Summa codicis*, pag. 96; AZO, *Summa Cod.*, pag. 27; *Lecturae in Codic.*, f. 170.

(4) HUGOLINUS nelle *Dissensiones dominorum*, ed. HAENEL, pag. 332.

(5) II, 1, de except. et replicat., § 3.

(6) *Summa Codicis de iudiciis*, ed. Venet., 1584, pag. 47, 173 e 332; ODOFREDUS, *Lectura in Cod.*, Lugd. 1550, f. 140, 455.

(7) *In Decretalia* ad c. 20, de iudiciis, II, 1.

(8) BESTA, *Statuti antichi veneziani*, 1910, pag. 30.

(9) Stat. di Roma, ed. RE, II, 3. E nelle redazioni posteriori, I, 19, dicevasi: finisca la causa entro 2 anni e non si accordino oltre 3 dilazioni.

(10) Leyes y Pragm., I, 19.

(11) Ed. di Carlo Emanuele I; Costit. del 1770, III, tit. 25. Così a Pola: Stat. di Pola, ed. BENUSSI, II, 3.

Digitized by Google

prescrivono che ogni lite abbia fine entro 2, 4, 6 mesi (1). Quindi perenzione di istanza per le parti negligenti: pene pei giudici che, finita l'istruttoria, non decidono. In Piemonte la sentenza doveva pronunziarsi entro un mese (2). Federico II che aveva ordinato termini brevi per ogni atto procedurale (3 giorni per comparire, *de iure et concludendum in causa*), che aveva punito con decadenza l'attore che senza licenza di magistrato abbandonava la causa, in quanto ai giudici aveva assegnato 10 giorni *ut causam studeant terminare* (II, 20, 24, 38, 49).

I Riti napoletani assegnavano al giudice tre mesi per ricevere le prove e pronunciare la sentenza: la causa feudale doveva durare un anno dalla *lit. cont.*, la civile tre anni, la criminale due: *per lapsum triennii instantia perimatur*, nè si ristabiliva se non dopo rifatte le spese: perenta per colpa del giudice si intendeva ristabilita *ipso iure* quando due mesi prima della perenzione gli veniva presentato il processo conchiuso colla dovuta domanda e protesta (3). Pel Rito siciliano (137) le eccezioni *ad litis ingressum* dovevano definirsi entro due mesi; scorsi i quali erano perente. Sempre per la Sicilia leggi aragonesi disponevano un termine di due mesi da contarsi *a die motae quaestionis* (4): il termine per le fiscali era prorogato a sei mesi (5). I processi criminali dovevano espletarsi in 40 o 60 giorni: ma quante dilazioni potevansi ottenere! (6).

34. Tanto crebbero le cabale degli avvocati colle eccezioni *litis ingressum impedientes* e con quelle sul merito che veramente eterne erano le liti, ed anche quelle perente facevansi risusci-

(1) Stat. di Belluno, II, 13, de perentione instantiae, entro sei mesi; Cadore, 1545, III, 11, entro 4; Como, c. 100; Vergate, c. 25; Fiume, 1530, II, 51, entro due; Cremona, c. 254, entro 40 giorni; Corsica, I, 6, entro nove mesi. Lo stat. di Bologna del 1250, IV, 1, pag. 389, dice: *lites labuntur post sex menses*.

(2) Editto di Emanuele Filiberto, 1561. Così anche secondo lo Stat. di Trento, ed. GAR, r. 38, 41, 53.

(3) Ritus M. R. Curiae, 243-246; Pragm. 10, de offic. iud., 1616; Pragm. 50, de offic. M. Iust., 1605.

(4) Capit. Jacobi, 16, 27; Friderici, 18, de poena iudicis non expedientis quaestionem infra duos menses; Martini, 51: « si infra lo spaciu de dui misi non saranno li causi difiniti » giudichi il giustiziere.

(5) Joannes, 21. Cfr. Ritus, 88 e 178. CUMIA in *Ritus*, pag. 401,

(6) Per massaria, trappeti, tonnara, mezzo soldo, ostica, an. 1735, Sic. Sanct., IV, pag. 417.

Digitized by Google

tare: e poi la giurisprudenza aveva detto che i giudici non fossero legati dai termini *propter multitudinem causarum* (1), di guisa che anche gli statuti che avevano riprodotto il triennio giustinianeo non erano osservati. Peggio poi quelli che avevano posto termini brevissimi: vero è che negli statuti eran inserite le solite eccezioni: *si fuerit initum compromissum, si inhibitio facta fuerit per iudicem ecclesiasticum*, ecc. (2). Cosicchè contro le decadenze minacciate ai litiganti e le condanne alle spese, e i depositi a farsi (3), condizione inevitabile nel caso che *de novo aliquo tempore causam actor inchoare voluerit*, e contro le pene ai giudici negligenti (4), era facile trovare rimedio. Il male era profondo, nè lo estirpavano le tante rinnovate provvisioni di governanti (5), di ruote, di uffici speciali istituiti coll'incarico di far esaurire le liti nei termini prescritti. Si finì per prolungare i termini, e in questo senso era la concessione fatta da Carlo V ai Siciliani nel 1544, per la quale il termine per le cause di prima istanza, appello e revisione fu portato a due anni, e a sei mesi quello per le opposizioni, colla solita pena della decadenza per le parti e di multe pel giudice: erano gli stessi termini adottati dal Conc. di Trento (*a die motae litis*) per le cause ecclesiastiche (6). Tutte disposizioni inutili perchè i proceduristi pure accogliendo il triennio, sulla questione *a quanto tempore durat instantia et in quibus casibus perit*, ponevano tante limitazioni o *fallentiae* in cui la istanza non si estingueva (7); per es. nelle cause avocate al principe, per la lontananza dei testi, per morte del giudice, per la libertà accordata al giudice *in iudicando*.

35. Dunque tutte le leggi tendenti ad abbreviare le liti erano in tal modo eluse: « le persone di foro se ne ridevano, e le liti trasmesse agli eredi vivevanò più lungamente che gli uomini » (Barbacovi). Ma ciò non bastava: che o a legalizzare l'abuso o a

(1) Così un commentatore (Vivacito) al rito alfonsino, 127, e cita la Glossa in l. Senatus cons., Dig. de officio iud., v. *Commentaria super Ritu regni Siciliae collecta a* CONVERSANO, Palermo, 1614, pag. 125.

(2) Stat. di Belluno, 1747, II, 20; Verona, 1747, II, 3, 111.

(3) Pragm. nap., 2, de dilation., an. 1589.

(4) Stat. di Belluno, II, 29.

(5) Decreta, constit., edicta legationis Urbini iussu Card. Astallii, 1696; sono provisioni del duca Guidobaldo del 1566, 1599, 1596, 1599.

(6) c. 20, Sess. XXIV; c. 10, Sess. XXV.

(7) MARANTA, VI de dilatione elenca 25 fallenze.

Digitized by Google

sovvertire le stesse leggi, vi concorsero principi e magistrati colla così detta *insufflatio spiritus vitae*. Poichè dopo il triennio, secondo leggi e prammatici, la causa era estinta, o perenta in pregiudizio dell'attore il quale non poteva più riassumere la lite se non mediante un nuovo processo e il previo pagamento delle spese, si disse che il principe aveva diritto di soffiare nuova vita al processo morto coll'effetto di esonerare l'attore dal ricominciare un nuovo processo, salvo il pagamento delle spese. La causa doveva decidersi sopra gli stessi atti di prima, come quelli ritornati a nuova vita pel soffio o grazia del principe.

Insegnavano con tutta gravità i dottori che siccome il solo Dio può risuscitare i morti, così al solo supremo principe apparteneva risuscitare i processi perenti: ma poi l'*insufflatio* fu esercitata da tutti i magistrati, che potevano sanare la perenzione, accordare dilazioni, prolungare i termini (1).

Veramente tali sanatorie sono ricordate anche da Durante (2): e ne parla come riservate al papa e all'imperatore, rimedio solenne ed eccezionale. A Napoli al tempo degli Aragonesi l'*insufflatio* era riservata al re: in seguito fu facoltà rimessa al giudizio della G. Corte di Vicaria, come a Roma, dove era favorita dal diritto canonico, fu rimessa al tribunale della Segnatura (3), come a Firenze restò prerogativa del Consiglio del Principe (4). Ma intanto a Verona, fin dai tempi antichi, l'esercitava il Podestà (5); e, posta la facoltà su questa china, pur continuando i dottori a proclamare essere esclusiva prerogativa del principe *cui spectat gratias facere*, finì per essere esercitata da tutte le magistrature: e dal Piemonte a Napoli così degradò come atto ordinario di procedura che qualunque giudice poteva esercitare (6). Tale degenerazione era in certo modo dovuta a un vizio fondamentale della procedura, che non stabiliva termini perentori pei singoli atti che prolungavansi talmente da rendere necessario accordare proroghe per giungere a una conclusione.

36. La procedura per ottenere che il giudice sanasse il *lapsum*

(1) FENZONIUS, *Ad Stat. urbis Romae*, lib. II, c. 8.
(2) II, de restit. in integrum, § 8, n. 7.
(3) SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, q. 16, § 2.
(4) CABALLUS, *Decis. Rotae florent.*, Firenze, 1640, I, decis. 138.
(5) Stat. di Verona, 1747, II, 37.
(6) Leggi di Vittorio Amedeo II, 1726; Ritus M. C. 248: Pragm. 1, de instantia causae, an. 1477.

Digitized by Google

temporis svolgevasi con una domanda dell'attore al giudice *a quo*: e questi senza citare la controparte emetteva un decreto in virtù del quale eran sanati i *lapsa fatalia*, accordate dilazioni; così il petente era messo al sicuro dalle conseguenze della sua inattività. Il giudice si diceva agiva *ex misericordia* (1). Tale decreto, che in Sicilia e Piemonte dicevasi *lettera di cancelleria* (2), sanava la negligenza *in prosequendo vel in protestando*: e nel contempo sopprimeva anche i limiti di tempo posti al giudice per sentenziare.

Ma ancora altro espediente e dei più bizzarri avevano inventato i legulei per evitare la morte giuridica dei processi, ed era la dichiarazione *in confusum*. Allorquando l'attore vedeva il processo prossimo a spirare per l'avvicinarsi del termine di legge, chiedeva al giudice di dichiarargli la causa *in confusum*, con decreto così consepito: *causam in confusum declaravit condemnando condemnandum, absolvendo absolvendum*: decisione veramente non confusa ma assurda e tuttavia munita della virtù di rendere la salute al processo moribondo; e in tal modo l'attore guadagnava altro triennio dal dì del decreto. E quando anche questo era per spirare, altro decreto *in confusum* lo salvava dalla morte: e tale rinascita si otteneva finchè pareva all'attore vessare, stancare l'avversario: e l'incredibile arbitrio era ancora tollerato dagli usi forensi del settecento.

Così le liti divenivano eterne e i magistrati erano complici di tali abusi. Rinvii, dilazioni, riaperture di termini, ferie alimentavano non la professione ma la speculazione forense. Lo stesso rito sommario era stato adulterato da tali magagne. Siccome era canone che il giudice non sentenziasse fino al *conclusum*, e poichè conchiudere era diritto dell'attore e del convenuto (3), ne seguiva che per la malizia loro restava sospesa la lite, finchè non si decideva o l'uno o l'altro a compiere tale atto. Il disposto delle leggi di finire la causa entro un termine era lettera morta, come erano rese vane le leggi vietanti al litigante negligente di portare a giudizio altre controversie finchè non fossero decise le pendenti in cui era attore (4).

---

(1) RIDOLPHINUS, *Practica iudic.*, par. I, c. 13; ODDUS, *De restitutione in integrum*, Ven., 1623, p. II, qu. 64.

(2) Decreta ducum Sabaudiae, ed. 1586: Amedeo VIII e Iolanda, pag. 52 e 110.

(3) MARANTA, VI, de conclusione.

(4) Statuti di Intra, ed. SELLA; Belluno, 1747, II, 29.

Digitized by Google

Nè vi era pericolo di incorrere in multe. Una lite iniziata poteva dormire anni, poi morire, e risorgere, e così passare da una generazione all'altra (1).

Non è difficile prospettare i danni economici derivanti alla proprietà fondiaria specie nelle regioni a latifondi. Questi mantenuti intatti e vincolati alle sostituzioni fidecommissarie, alle soggiogazioni, alle ipoteche, erano spesso anche impediti dalle inibizioni giudiziarie che ne impedivano le divisioni e le alienazioni. La circolazione dei beni era arrestata per causa della procedura, dietro la quale stava trincerato un ceto autorevole, anzi una milizia, la milizia togata, conservatrice per tendenze e per gli interessi che la legavano all'eternità delle liti.

---

(1) BRUNI, *De perentione instantiae*, in *Tractatus universi iuris*, vol. XVII; TUSCHIUS, *Conclus.*, voce Peremptio. Sulla *insufflatio* vedi lo stesso alla voce I concl. 202. Pel Piemonte AB ECCLESIA, II observ. 22. Per Napoli le decisioni dei tribunali presso CAPYCIUS, 11, 165, 206, e molte presso DE FRANCHIS, 250, 593, 543, ecc.; e infine per gli altri paesi BORELLUS, *Summa decisionum universarum totius orbis*, Ven. 1618, I, tit. 64.

Digitized by Google

CAPO VI.

La procedura civile di prima istanza

1. Gli atti processuali si susseguono con un ordine determinato dalla logica e sanzionato dalle leggi. Il Brachylogus (IV, 9) distingueva nella *causa civilis, quaedam quae eam praecedunt, quaedam quae insunt, quaedam quae sequuntur. Causam praecedit actionis editio, in ius vocatio, libelli conventio et hoc ordine certo.* Un procedurista del secolo XIII esponendo come devono istruirsi i giovani *in quotidiano frequenti et moderno usu causarum*, distingueva le materie secondo l'ordine degli atti processuali e le distribuiva in dieci tempi: *Primum tempus ante citationem* (e in questo aggiungevano i dottori *ex honestate moneas ut tibi satisfaciat*: il tempo prima della citazione *non est de substantia*). *Secundum tempus est citationis. Tertium repraesentationis coram iudice. Quartum proponendarum exceptionum dilatoriarum. Quintum litis contestandae. Sextum producendorum probationum. Septimum renunciationis producendorum testium. Octavum allegationum et disputationum proponendarum. Nonum renunciationis et conclusionis earundem. Decimum et ultimum tempus est sententiae definitivae* (1).

Le prime quattro fasi costituivano gli atti preparatori del giudizio che si esaurivano colla *litis contest.*; e sopra questi atti un giurista toscano del sec. XVII, Marco Ang. Leoni scrisse un vol. in f. diviso in tre parti dal titolo *Praeparatorium iudiciorum tam civilium quam criminalium* (Livorno, 1653), opera al solito indispensabile per gli avvocati, ecc. Vi sono svolti 100 atti di

(1) Dalla *Summa* del canonico Arnulfo, in WUNDERLICH, *Zeitschrift f. die geschichtliche Rechtswissenschaft*, XI, 85.

Digitized by Google

preparazione a cominciare dall'animo dell'attore che si crede leso di un diritto e ha intenzione di invocare la giustizia pubblica, fino alle eccezioni pregiudiziali che possono cadere sulla minima formalità non osservata. È notevole come le autorità richiamate dall'autore sieno quasi esclusivamente Bartolo e Baldo pel civile, Felino pel canonico, con abbandono di tutta l'altra letteratura processualista precedente, compreso Durante, non che dei pratici a lui più vicini nel tempo. Nè aveva torto, perchè quei due sommi furono i veri fondatori del diritto procedurale, e i successori non andarono oltre alla riproduzione dei loro insegnamenti sovente fraintesi o male adattati alle pratiche forensi.

La legislazione comunale è generalmente parca nel prescrivere norme per le diverse fasi, la cui disciplina è lasciata alla dottrina e alle prassi locali, cioè allo *stylus curiae*. La dottrina si richiama al diritto romano, che conosce quasi esclusivamente attraverso i commenti della Glossa e dei grandi dottori, e del quale non sa valutare il meccanismo procedurale. Ma in ogni modo è mirabile la plasticità di talento dei nostri giureconsulti che riescirono ad adattare al processo scritto italiano gli istituti procedurali romani nati e cresciuti sotto il presupposto di uno svolgimento a viva voce, innestandovi il meglio delle norme pontificie e del processo canonico, lavoro pel quale erano inevitabili equivoci e anche errori. Certo così abbandonato alle opinioni dei dottori e alle pratiche dei forensi il processo doveva perdere di semplicità e complicarsi, divenire una selva pericolosa, piena di sorprese e di agguati, ed ogni atto procedurale nascondere in seno il germe di eccezioni, cioè di nuove liti. Si avvertiva dai giuristi il danno della cosa pubblica e proponevansi rimedi [1]: ma essi stessi ne erano gli artefici, e i loro trattati erano arsenali di armi sleali per eternare le liti.

§ 1. *Questioni pregiudiziali.*

2. Su questo argomento la dottrina dei nostri antichi proceduristi ha il merito di avere aperto vie nuove che vennero in seguito percorse senza incontrarvi difficoltà: quanto scrissero sul cumulo delle azioni e sulle questioni pregiudiziali, incidentali ed emer-

[1] BALDUS, l. 1, Cod. de novation; l. 2, Dig. de iureiur., vol. V, pag. 4; II, pag. 29.

Digitized by Google

genti fece testo nelle scuole italiane e straniere e nelle curie. Sul cumulo, quando permesso e quando proibito, sui modi con cui è impedito, Baldo formulò regole chiare (1). Ne aveva trattato anche Tancredo notando come contemporaneamente si possano proporre molte questioni, purchè non contrarie o dipendenti o pregiudiziali alla prima e non escludentisi (II, 20), e spiegando che cosa si dovesse intendere sotto questi nomi. Più largamente Durante, poi Bartolo e Baldo, precisarono le differenze fra questioni incidentali (*incidens perimit*) ed emergenti (*emergens differt*), fra questione che si oppone allo svolgimento del processo e che va definita, e quella *ad iustitiam causae* in cui non occorre pronuncia. L'incidentale riceve decisione che non ha però forza di cosa giudicata, perchè è data con una *decisio sine plena vi*: è però importante perchè ha attinenza ai *materialia causae*, mentre l'emergente riguarda punti controversi del processo (2).

Le questioni pregiudiziali si riferiscono o ad un'*actio privilegiata* che fa cessare le altre azioni (3) o all'azione criminale. Se la privilegiata è *maior* deve assorbire quelle che sono minori. Le norme del diritto giustinianeo accolte dal canonico (c. 3, X II, 10; c. 5, X IV, 17) segnarono la via ai nostri giuristi: soltanto innovarono nel volere discusse preliminarmente ma nello stesso giudizio le questioni la cui decisione rendeva possibilmente superflua ogni ulteriore procedura (4); e nel distinguere fra *praeparatoria iudicii* (competenza, *legitima persona standi in iudicio*) e *incidentes quaestiones* attinenti, come si è detto, ai *materialia causae*.

Per la criminale è nota la regola romana, che verificandosi concorrenza di azione civile con criminale, si dava la preferenza all'ultima come la più importante: *prius tractabitur criminalis*

---

(1) BALDUS, Cod. de edendo: de interdict., vol. V, 91; VII, 142; de iurisd. omnium iudic., vol. I, 75.

(2) Ne trattano BARTOLO e BALDO alle l. de qua re, Dig. de iudiciis e Cod. de ordine iudic. (Baldo al vol. I, pag. 269; V, 183, 184). — V. BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluss des Processes auf den materielle Rechtsverhaltnisse*, 1847, II, pag. 168 e segg.; PLANCK, *Die Mehrheiten d. Rechtstreitigkeiten in Prozessrecht*, 1844, pag. 474 e segg.; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904.

(3) MARANTA, IV, dist. 20.

(4) DURANTIS, II, 1, de petitorio, § 1; HOSTIENSIS e FELINUS, ad c. 9, X, I, 41; c. 3, X, IV, 20.

Digitized by Google

quam civilis... prius de crimine iudicetur, quod utpote maius merito minori praefertur: a meno che la civile non fosse pregiudiziale alla criminale (1): vi era un *praeiudicium ratione maioritatis et praeminentiae* (2). Devesi avvertire che i proceduristi del medio evo adoperavano la parola *praeiudicium* in senso diverso dal romano, cioè non come decisione di magistrato, ma come cosa giudicata. Ora essendo la preeminenza della sentenza criminale, ne traevano la conseguenza che da essa non poteva divergere la civile (3), quella essendo fondata su prove urgenti e chiarissime (4). Quindi la sentenza civile non pregiudicava alla criminale, che richiede prove più perentorie (5). La civile può incidentalmente pregiudicare all'altra, scrive Baldo, *sed principaliter non possunt cumulari* (6): il giudice al criminale incontrandosi con causa civile è però autorizzato a decidere anche questa, come quello al civile se trova *incidenter* questione criminale, la definisce nella stessa sentenza (7). Però la dottrina non era ben fissata, e trovansi opinioni discordanti (8).

Vi è stata una legge di Federico II (II, 24) così concepita: se alcuno agendo civilmente è accusato di crimine dal citato, o un accusatore di delitto è dall'accusato imputato di maggior delitto, si proceda similmente nell'una e nell'altra causa. Lo stesso

---

(1) TANCREDUS, II, 20, § 3; DURANTIS, II, p. 1, de incident. quaest. et de ordine cognitionum.

(2) BALDUS, l. si de vi, Dig. de iudiciis, vol. I, pag. 264; MARANTA, IV, dist. 20, n. 5.

(3) P. DE FERRARIIS, in forma libelli quo agitur sent. lata in crim., pag. 242: *tunc plene praeiudicat in civili, quia in criminali fuit perfectius de causa probatum, quaesitum et disputatum.*

(4) CLARUS, lib. V, § fin., qu. 2, ed. Ven., 1640, pag. 190; BOSSIUS, *Practica*, pag. 274.

(5) BARTOLUS, in l. 2, § 1, Dig. vi bon. rapt., XLVII, 8; FERRARIIS, l. cit.; CLARUS, l. cit., qu. 54, n. 2: *acta facta in civili non faciunt fidem in criminali.*

(6) BALDUS, l. duobus, Dig. de iuram., vol. II, 48. Diversa opinione, è in una glossa di certo Nicolò Rufolo napol. in *Iuris interpretes saec. XIII*, ed. MEYERS, Nap., 1974, pag. 85.

(7) Id., l. si de vi, Dig. de iudic., vol. I, pag. 264; l. cum civ. de ordin. iudic., vol. V, pag. 184.

(8) Infatti CINO da Pistoia, *Comm. in Cod.*, 1578, pag. 560, e DYNO, *De regulis iuris*, ritenevano che sentenza assolutoria in civile fra le stesse persone e sulla stessa cosa avesse effetto e valore anche nel processo criminale.

Digitized by Google

valga per le pregiudiziali, non per le emergenti. La legge, dice Andrea d'Isernia, corregge il diritto romano (l. fin. Cod. de ord. iudic.); ed è allora naturale che abbia in seguito prodotto confusione nella dottrina napoletana, poichè fu intesa nel senso che abolisse la prerogativa delle azioni pregiudiziali che sono *circa ordinem* non di quelle che toccano il difetto dell'azione, e nel senso che l'azione criminale impedisse il prosieguo della civile (1). In tal modo la dottrina napoletana si era posto in armonia con quella delle altre regioni italiane. Infatti in un decreto dei duchi di Piemonte ove sono menzionate le azioni pregiudiziali (stato delle persone, obbedienza al padre, al suddito, all'abate) è dichiarata anche la *causa criminale dedutta nel giudizio civile* (SOLA, pag. 401); e così disponeva il diritto veneto (Ferro).

3. Al sec. XV era principio che presentandosi azione civile e criminale, prima si procedesse intorno a questa e si sospendesse per l'altra: e poichè il procedimento di officio o inquisitorio era divenuto la regola — «oggi per gli statuti e i decreti dei principi di ogni reato si può conoscere senza accusatore», come diceva Pietro de Ferrariis — così principio era chè il giudice, istruendo causa criminale per la quale era in corso un'azione civile, facesse sospendere la trattazione di questa: e l'attore che volesse agire criminalmente e civilmente *ut puniatur et restituat*, dovesse prima esaurire il processo penale e poi intentare il civile (2): soluzione questa che più tardi fu abbandonata, ammettendo che si potesse *in uno libello* chiedere le due cose e che la sentenza di condanna contenesse anche la rifazione dei danni, interessi e spese, come materia incidentale o per *continentia causae* (3). La decisione civile restava così sempre dipendente dalla criminale; regola questa nemmeno immutata nella dottrina italiana perchè erano sopravvenute le inevitabili eccezioni, di cui tanto erano prodighi i pratici; per es. si diceva: *criminalis causa silere debet si prius civilis fuit intentata* (SOLA, pag. 402). Altri ancora giungevano a rimettere all'arbitrio del giudice anteporre l'una al-

(1) DE AFFLICTIS, nei comm. a detta legge; MARANTA, IV, dist. 20, n. 7 e 39; DE ROSA, *Consultat.*, 32, e ANNICHINUS, cit. più avanti, c. 2; ALTIMARIS, *De nullit. sentent.*, rub. 13, qu. 16.

(2) MARANTA, IV, dist. 1, n. 28; LEONIS, *Praeparatorium*, parte I, pag. 79.

(3) BOSSIUS, l. c., n. 2; CLARUS, id.; FARINACCIUS, vol. IV, qu. 100.

Digitized by Google

l'altra. Ma al sec. XVII si erano imposti i principii formulati da Claro e da Farinaccio, che negavano potersi ambo le azioni intentarsi da uno stesso e contro uno stesso nella medesima causa e con unico libello: diversamente fosse nel caso che la penale fosse intentata in via principale e la civile in incidentale, e concludevano avere sempre preferenza il giudizio penale sul civile, tanto se le due azioni si movessero davanti un solo giudice quanto se davanti a giudici diversi, per modo che il giudizio civile non impedisse, nè sospendesse, nè ritardasse il penale. E che il penale dovesse processualmente precedere era tradizione o consuetudine italiana (1) che fu consacrata poi dai codici nostri.

§ 2. *Le eccezioni.*

4. Dopo che il giudice ha riconosciuto che l'azione è idonea (2) e quindi si sono compiuti tutti gli atti introduttivi, il convenuto pronto a rispondere può domandare tre dilazioni, *ad deliberandum — ad opponendum — ad obtenendum exemplum libelli autenticatum* (3), dilazioni di otto giorni ciascuna. Nell'ultimo caso del libello, l'attore poteva citare di nuovo *personaliter, ad domum* il convenuto per la discussione, *ad procedendum*, come se la lite fosse contestata. Ma a questo punto il convenuto pone mano a quello che la Glossa (Inst., IV, 13) chiamava *arma reorum*, cioè cerca opporsi alle domande dell'attore colle eccezioni.

La distinzione di ripulsa nel merito e di eccezione che nell'ultimo stadio del diritto romano aveva perduto ogni importanza, rinacque ma con molte alterazioni e anzi sfigurata, per opera del diritto canonico e dei glossatori, ed esercitò influenza preponderante nella procedura italiana. Ma nulla della semplicità e pre-

(1) Tale nome usa Guazzini, che scrutò tutti i mezzi per difendere gli inquisiti: riconosce che la lite penale deve decidersi prima della civile; vedi il suo trattato *Ad defensam inquisitorum*, Ven., 1639, pag. 76. Vedi anche TONDUTIUS, *De praeventione*, Lugd., 1659, p. I, c. 15; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, pag. 130. Quindi le disposizioni del Cod. di proc. pen. non derivano dal Cod. francese. Anche nell'antico diritto francese si diceva: *le criminel tient le civil en état*: *le criminel emporte le civil*. Ma gli italiani ne avevano fatto una dottrina.

(2) Stat. di Ascoli, 1377, II, 9.

(3) Stat. di Arona, c. 168; Lago Maggiore e Val d'Ossola, sec. XIV, ed. ANDERLONI e SELLA, 1914.

Digitized by Google

cisione romana, perchè sotto il nome di eccezioni quello e questi inglobarono tutti i mezzi che si potevano assumere per respingere un'azione, senza riguardo alla loro natura ed effetti, con una grande confusione che ha lasciato traccie anche nei codici moderni.

La dottrina canonica delle eccezioni si raccosta molto alla romana, salvo gli equivoci derivanti dall'ignoranza del procedimento classico: essa riproduce le difese consistenti nella *denegatio* dell'*intentio*, ma senza rendersi conto del contrasto di queste difese colle eccezioni. Da ciò un'incertezza nella definizione; e l'eccezione ora è presentata come un mezzo destinato a paralizzare la domanda senza contraddirla, ora come ripulsa dell'azione. Negli stessi equivoci caddero glossatori e giuristi che confusero *exc.* e *praescriptio* e intesero l'*exc.* come qualunque opposizione all'*intentio* (1). Essi fecero due grandi categorie di eccezioni: *facti* o *intentionis*, *iuris* o *actionis*. Colle seconde dichiaravasi inesistente il diritto, colle prime inesistente il fatto. E si arrestarono a questa distinzione senza costruire delle teorie, non altro proponendosi che di elencare i vari rimedi a cui poteva ricorrere il convenuto, classificandoli secondo i criteri più arbitrari (2).

Così si ebbero le *exc. peremptoriae*, *dilatoriae*, *anomalae*, *mixtae* o *dubiae*. Durante ne propose 24 categorie, da altri ridotte a numero minore. Dominava in queste classificazioni la tendenza scolastica, verbale: si era così creata l'*exc. experiundoria* dalla malvagità dell'attore che voleva diffamare: la *citatoria* dall'inosservanza delle norme nella citazione: la *rappresentatoria* dall'impreparazione del convenuto a difendersi: la *sistoria* dall'essere in corso trattative di conciliazione: la *defensoria* per la presentazione delle cauzioni: la *denunciatoria* per constatare che l'avversario non è presente: la *electoria* per la nomina di arbitri: la *inquietatoria* per diffida contro l'attore che tende solo a molestare;

(1) Gloss. ad l. 2, Dig. de except.; ad l. 74, § 2, de iudiciis; ad c. 1, in VI, de litis contest.; ad Clem. un. de except.; DURANTIS, IV, 2, de except.; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, de except.; P. DE FERRARIIS, *Practica*, rub. de except.; Gloss. in l. 9, Dig., XLIV, 1: *ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem*; Gloss. in l. 1, Cod. VIII, 36.

(2) BAGAROTUS, *De except. dilatoriis*, in *Tract. univ. iuris*, III, p. 2, pag. 128; MARTINUS DE FANO, id.; N. DE MONTALBANO, id., pag. 105; DE GRASSIS, *Tract. de except. et praecipue ad materiam statuti escludentis omnes exceptiones*, Ven., 1601; CAROCIUS, *De except.*, 1620; LANFRANCUS DE ORIANO, *Praxis*, de except. et dilat., f. 16; SCACCIA, lib. II, c. 7; TUSCHUS, *Conclus.*; v. E. ALBRECHT, *Die Exceptionen des gemeinen teutschen C. Proc.*, 1835.

Digitized by Google

la *ferialis* perchè la citazione fu intimata per un giorno festivo: la *praeparatoria* per aver tempo a preparare le prove, a chiedere un sapiente dalle autorità, a interrogare un *consiliarius*, a scegliere un avvocato: la *dubitatoria* per chiedere chiarimenti sopra le domande e i fatti del libello che non sembrano chiaramente esposti: la *probatoria* per dichiarare che si è pronti a dare la prova: la *restitutoria* per riconoscere il diritto dell'attore: la *supplicatoria* per allargare l'incompetenza del tribunale, per ricusare il giudice come sospetto, per chiedere i vari rimedi di legge, affinchè il giudizio resti sospeso fino a pronuncia di un'autorità superiore. Queste sono le eccezioni dilatorie principali che Durante (II, de except.) aveva messo in testa al capitolo suddividendo quelle di Tancredi (II, 17, 18).

5. A sì fatte classificazioni collegasi la dottrina sulle eccezioni perentorie presentate *in vim dilatoriarum*, quali le *except. litis ingressum imped.*, le eccezioni di rinunzia, prescrizione, cosa giudicata, giuramento, e da testi romani trassero argomenti per allargare il numero di queste eccezioni (1). Al che poi in seguito giovarono le Decret. di Bonifacio VIII (c. 2, in VI, de lit. contest.) e di Innocenzo III, che vi inclusero le eccezioni di *renuntiatio litis*, di *pactum de non petendo* e di *iuram. de non agendo*: decretali che originarono altre dispute.

Lo scolasticismo del tempo così amante delle distinzioni penetrò nelle leggi del sec. XV e seguenti, ove parlasi di eccezioni perentorie (2) pregiudiziali (3), impedienti l'ingresso di lite (4), sopra il libello (5), per suspicione di giudice (6), per scomunica della parte (7). Qualche legge vietò le declinatorie di foro (8) o quelle gene-

---

(1) *Exc. alibi, actionis in iure, in facto non fundatae, contra me non competentis, ad processum, ad praxim, libelli obscuri*, ecc.

(2) Stat. di Velletri, II, 6: sono perentorie le *exc. rei iudicatae, transactionis, refutationis, pacti de non petendo*. Lo Stat. di Sinigaglia, II, c. 23, vi aggiunge il giuramento.

(3) Stat. di Lucca, I, 54.

(4) Stat. di Cesena, 1589, I, 12; Rimini, II, 15.

(5) Stat. di Perugia, 1342, ed. Azzi, II, 32.

(6) Stat. di Ferrara, 1624, II, 39; Padova, an. 1316, ed. 1549, fogl. 6; Const. Urbin. pag. 36; Pistoia, 1284, II, 217; Reggio, II, 17.

(7) Stat. di Lucca, 1539, I, 38, mentre quello del 1308, IV, 8, vietava opporla; Roma, 1580, I, 61. Era vietata a Modena, 1327. Non era ammessa nel foro civile dalle leggi più antiche, e invece lo fu da quelle del sec. XVI, forse in virtù dei movimenti religiosi coevi alla Riforma e al Concilio tridentino.

(8) Stat. di Novara, 1573, c. 102.

Digitized by Google

rali di difetto di ragione o mancanza di azione (*tua non interest, petis quod intus habes*): generalmente punivasi chi presentava eccezioni riscontrate calunniose o frivole (1). Quelle relative ad usura (2), a bando o a privilegio di foro dovevano provarsi subito, con rito sommario (3). Per la suspicione di giudice, seguendo il diritto romano (4), non imponevasi alla parte allegarne il motivo (5): ma altre, aderendo al diritto canonico, volevano che la suspicione fosse provata (6). Questa fu la norma napoletana (7), per cui la causa doveva esporsi in un libello firmato e suggellato da presentarsi al presidente del tribunale, con deposito di una somma prima della *litis cont.* Il motivo principale, oltre la parentela naturale e spirituale, era la nimicizia: all'epoca spagnola i più futili pretesti erano allegati: una legge dovè dire: « causa di sospezione non sia se il giudice non ha salutato e cavata la berretta ai litiganti quando egli giuri non averli veduti » (8). Il giudice ricusato aveva diritto di rispondere e aveva diritto alla metà della somma depositata se il ricorso era respinto (l'altra metà andava al fisco): il ricorrente era ancora processato per calunnia. Nessun rimedio era ammesso contro la sentenza. In seguito al libello della parte, il giudice poteva scusarsi dal giudicare; ma il suo *scrupolo* doveva discutersi nel tribunale (9).

---

(1) Ritus M. R. Curiae, 278. Era punito chi negava la figliazione: Stat. di Roma, 1580, II, 69. Così anche Stat. di Forlì, 1615, II, 26; Pistoia, 1284, II, 200; Belluno, 1747, II, 30.

(2) Stat. di Lucca, 1539, I, 27; Perugia, 1342, II, 7; Firenze, 1415, II, 19: chi diceva che un credito era usurario, doveva depositare la somma.

(3) Stat. di Roma, 1585, I, 61, 88; Lucca, 1308, IV, 7.

(4) Nov., LIII, c. 3; Auth. offeratur, Cod. de lit. cont. III, 9.

(5) Stat. Verona, c. 56: *consul sine sacramento faciendo vel aliquo gravamine pignoris ei ferendo*, ecc. E così anche più tardi: *L'ordine di procedere nei giudizi civili*, per D. MICHELI, 1740, parte II, c. 3. Così anche lo Statuto di Como (*Hist. patr. Mon. Leges*, II, 117). E gli Stat. di Roma, I, c. 12, ordinavano al senatore di aggiungere al tribunale altro giudice.

(6) Constit. Foroiul., 1366.

(7) Ritus M. C., 265; Pragm. 1 e 18, de suspic., an. 1575, 1754; Capit. Roberti, 3, prolixitatem tollere. Così anche in Sicilia: Pragm. sic., 2, § 7, tit. VII, lib. II, vol. IV.

(8) Pragm. 15, de suspic., an. 1611. Sulle pene ai calunniatori, Pragm. 5, de muneribus, an. 1580.

(9) Cfr. Pramm. 15, § 2, 6, 9, 22, de susp. offic.; Pragm. 18 e 24, id.; Pragm. 9, § 11, de appell. — Un dispaccio del 1777 riconosce ai giudici il diritto dello *scrupolo*: GATTA, *Reali dispacci*, IX, 466.

Digitized by Google

Anche gli altri subalterni erano sottoposti a ricusa e bastava il giuramento della parte; ma il giudice non doveva ammettere la ricusa se vedeva la calunnia manifesta (1).

Essendo eccezione declinatoria, doveva proporsi prima della *lit. cont.*, ma non prima della *litis* pendenza, salvo che nascesse da nuova causa (2). La *supplica di sospicione* rivolgevasi al giudice stesso, il quale accogliendola decretava l'atto provvisionale col *scribatur quod non me impedio*; respingendola, emetteva il *praesentetur parte citata*, e si istituiva giudizio di sospicione, con deposito di una somma.

L'eccezione di competenza, detta *question di foro* opponibile in ogni parte del giudizio, era punita con multa se trovata infondata (3). Quella *criminalitatis* cioè della connessione della causa civile con criminale, era stata risolta nel senso che le due cause dovessero abbinarsi (Const. r. Sic., II, 21) salvo il caso di lesa maestà (id., II, 22). — Secondo alcune leggi era accordato, in ogni momento della lite, di richiedere il giuramento *de malitia*, pena una multa e la perdita della causa (4). Fino al 1582 in Sicilia vi erano eccezioni dette *supercessorie*, per dilazioni ottenute dal principe di non iniziare o continuare la causa: furono poi abolite, e di queste non restò che l'*hostica*, cioè quella di impedimento per servigio regio militare, obbligatorio e non volontario (5).

Le eccezioni dovevano proporsi *in limite litis* per impedire la *lit. cont.*, che avveniva tosto che il convenuto avesse risposto

---

(1) R. Dispacci, parte II, tit. 76, disp. 2, ed. GATTA.

(2) Pragm. sicil. del duca di Sermoneta, § 34, pragm. 6, § 1, tit. 27, tomo III; Pragm. 6, § 5, tit. 27, de recus. Presidum, tomo III. In Piemonte non si poteva presentare *in medio litis, post lit. cont.* se non per causa giusta sopravveniente. Accolta l'eccezione, dovevano assumersi arbitri *per partem ad causae decisionem*. Decreta, II, pag. 27; SOLA, pag. 353.

(3) Stat. di Bologna, 1737, I, 60; Roma, 1580, I, 61; Lugo, 1652, II, 64; Padova, 1747, I, pag. 37; Pragm. napol., 18, n. 1, de ordine iudic.

(4) Venet. iudicia, 61, ed. PITZORNO.

(5) Const. r. Sic., II, 23; Capit. Alphonsi, 372, 428, 481; Pragm. M. A. Colonnae, 1582, de oblegimitate opponenda, pag. 51, § 1. Il nome di *exceptio hostica* è proprio del diritto napoletano e siciliano (Pramm. sic., LIII, § 35, an. 1618, vol. II), ma era diritto comune che *miles excusatur a vera contumacia*; così BARTOLO, in l. ult. Dig. de edendo, II, 13; l. 16, Dig. de re milit., XLIX, 16; l. 4, § 1, Cod. de in ius voc., II, 2. In Sicilia non valeva nella esecuzione di sentenze, nello spoglio privilegiato, nei contratti bollari e non ne godeva la moglie.

Digitized by Google

al libello (1). Una deviazione dal diritto romano si ebbe per una decretale di Innocenzo III (c. 4, II, 25), che permise la presentazione delle dilatorie in vari momenti e non tutte assieme; il che contribuì ad eternare le liti, danno avvertito di buon'ora (Tancr., II, 5): *advocati dum unam proponunt, protestantur sibi salvum esse beneficium caeterarum ut si in proposita defecerint, possint ad alias habere recursum.* Curioso invece quel Grazia (I, 9, § 3) che esaltava tale consuetudine (*mihi multum placet*). Ma non piacque ai legislatori, che ne vollero la simultanea presentazione (*simul et semel*, come dicono le Const. sic., II, 24), salvo per quella di competenza (2). Il giudice *sedens*, cioè nello stesso giorno, le ascoltava tutte e poi le risolveva con un'interlocutoria (3). La legislazione piemontese, senza pretendere che fossero risolte seduta stante, ordinava al giudice di ammettere le dilatorie e pregiudiziali, « ma in un medesimo tempo procedere alla cognizione sopra i meriti della causa in modo da non ritardare il corso del processo » (SOLA, pag. 400).

6. La dottrina del sec. XVI accolse tutto questo bagaglio composto da cattive pratiche forensi e lo peggiorò colla solita casistica (4): qualche riforma tentarono le leggi a proposito dell'eccezione di suspicione (5), di competenza (6), delle dilatorie (7).

Però non mancarono leggi che cercarono contenere la malizia dei litiganti nell'esperimentare eccezioni infondate, come il Rito napolet. *de praeventione* (198) e la Pramm. *de praeventione moderanda* (an. 1477). Nel regno di Napoli era ammesso che il debitore

(1) Const. r. Sic., II, 19; Stat. di Vergate, Lesa e Meina, ed. SELLA, c. 26. Le eccezioni erano proposte in iscritto. Interrogatori prima della *lit. cont.* non avevano luogo: le *interrogationes in aula* fatte dalla parte cessarono nel sec. XIII, perchè sostituite dalle *positiones*, e non risorsero più: quelle che ricordano gli antichi proceduristi sono le interrogazioni fatte *ex officio iudicis* e per equità, ma il convenuto non era tenuto a rispondere.

(2) Le eccez. dilatorie, per le Const. r. Sic., II, 23, doverassi presentare entro il terzo giorno dall'istanza. Stat. di Novara, 1573, II, pag. 106: *omnes exceptiones deferantur in fine litis et videantur reiectae nisi in sententia fit mentio.*

(3) PILLIUS, II, 2; TANCREDUS, II, 5; GRATIA, I, 9; DAMASUS, 25; BONAGUIDA, III, 4; DURANTIS, II, 1, de except.; LANFRANCUS, pag. 13; MARANTA, VI, de except.

(4) VESTRIUS, *Praxis civ.*, lib. II, c. 4; SCACCIA, lib. I, c. 101.

(5) Cost. estensi di Francesco III, lib. I, c. 25.

(6) Editto di Emanuele Filiberto, 1561; di Carlo Emanuele, 1606.

(7) Cod. di Carlo Felice per la Sardegna.

Digitized by Google

prima della scadenza del debito, intimando un atto al creditore di nulla dovere, lo *prevenisse* di non procedere esecutivamente, protestando le spese, i danni, ecc.; soltanto e in modo assoluto, prima di citarlo doveva presentare al tribunale fideiussore che egli avrebbe proseguito il giudizio e avrebbe pagato nel caso che la prevenzione fosse trovata ingiusta o maliziosa. Solo con tale formalità si sospendeva la liquidazione degli strumenti. Ma di quali? Anche delle apoche bancarie e degli strumenti liquidi? Fu questione molto discussa nella dottrina e nei tribunali, e si scrissero trattati in proposito e sui titoli confessati [1]. Vi era una Pramm. (63, *de offic. proc. Caesar.*, § 6) risolutiva della questione: «fatta la ricognizione di esse ovvero essendo legitimamente provate, non siano intesi i debitori eccetto fatto il deposito in publico banco overo constituto il debitore in carcere siccome fosse istrumento liquidato via ritus della G. C. della Vicaria». Ma non fu applicata, e la prevenzione anche al sec. XVIII era usata contro le apoche bancarie, essendo stata mantenuta nelle riforme introdotte nella procedura napoletana da Carlo III, il quale richiamò le Pramm. precedenti e nulla dispose sui titoli di bancà; soltanto ordinò che il debitore che moveva prevenzione contro strumento avesse breve termine a provare, e multa e carcere se non provava, previa sempre sicurtà di pagare il debito (Pramm. 18, *de ord. iudic.*, 1738).

In altri casi si erano accresciuti i poteri del giudice, come si vedrà meglio a proposito dei limiti posti alla difesa, e a proposito della attività del giudice, quando si prolungavano le liti soverchio e inutilmente (v. cap. XII e XIII) perchè *malitiis hominum non est indulgendum.*

§ 3. *La contestazione di lite.*

7. La pratica italiana nei paesi romanici e la letteratura prebolognese avevano conservato il nome romano di *litis contestatio* a quel momento essenziale del litigio, che lo involge nella totalità, consistente nel persistere dell'attore nella sua domanda e nella

---

[1] ANICHINUS IAC. neapol., *De praeventione instrumentaria et de recta adversus instrumenta praeveniendi ratione*, Nap., 1652. È un vol. in f. ove tante controversie sono esaminate: della prevenzione trattano i commenti alle Pramm. (De Afflictis, Rovito, Tappia) e specialmente FRECCIA, *De liquidat. instrum.*, 1590.

Digitized by Google

ripulsa del convenuto. Spettava al giudice, insegnavano i nostri proceduristi antichi, assicurare in modo definitivo i termini del litigio, ed egli lo faceva con una sola interrogazione rivolta alle parti, l'una narrando e affermando, l'altra confessando o negando: in quel duplicato scambio di opposte intenzioni le ragioni del litigio erano come incatenate e ribadite, e si aveva la *litis cont.*, la quale avviene *per narrationem actoris et contraddictionem rei in iudicio* (1). Essa fu accolta nel processo canonico, però con una deformazione in confronto della romana che constava del complesso di atti singoli da compiersi *prima cognitione* e senza che fosse necessaria propria e solenne dichiarazione delle parti. Invece nel canonico e poi nel processo italiano quegli atti erano separati nel tempo cioè da potersi compiere senza simultaneità in giorni diversi. Inoltre non erano mancati canonisti che ispirandosi a concetti antiformalisti sostenevano che per contestare lite non occorressero manifestazioni sensibili e che bastasse l'*animus procedendi in causa* (così la Glossa al c. un. X, II, 5): concetto al sec. XIII prematuro, e non ebbe presa fra gli stessi canonisti che lo ripudiarono perchè pericoloso: e invece trionfò la massima dei nostri giuristi: *intentio non sufficit nisi sint verba apta*: e quella ancora più precisa di Durante: *in lit. cont. requiritur animus et verba.* Non parole sacramentali, ma domande e risposte delle parti davanti al giudice, e, come aveva insegnato Azone, l'affermazione dell'una, la negazione o anche il dubbio dell'altra sono sufficienti a dichiarare che vi era un punto controverso in giudizio: tale principio venne consacrato in alcune leggi fedeli agli insegnamenti dei dottori (2), quando dissero: non vi è contestazione di lite *parte absente.* Il convenuto deve essere presente e rispondere al giudice, o non rispondere; e da questo momento, insegnava Bartolo, non si ha più causa ma lite e tale si presume se *in actis apparet et processus valet* (3).

---

(1) IOANNES ANDREAE, *Summa de processu*, ed. WUNDELICH, c. 5; TANCREDUS, III, 1, § 3; PILLIUS, II, 1; DAMASUS, tit. 26; GRATIA, II, 2, § 5; DURANTIS, II, 2, de lit. cont. Sulla *lit. cont.* nel dir. giustinianeo vedi WIEDING, *Iustinian. Libellprozess.*, 1865, pag. 165. E nell'antico diritto canonico, secondo i decretisti: *Summa Rolandi*, pag. 16 e 19; *Summa Rufini*, pag. 261; *Paucapalea*, pag. 581. Per l'epoca dei glossatori, v. SOHM R. *Die litis contestatio in ihrer Entw. vom MA. bis zur Gegenwart*, 1914.

(2) Stat. Ferrara, II, 16 (sec. XIV).

(3) I testi di Bartolo sono: alla l. causas, Cod. de transact., vol. VII,

Digitized by Google

La *lit. cont.* ebbe quindi titolo e carattere di *fundamentum litis*; ed ecco come è descritta: *est autem facienda cum solemnitate et accusator veniat coram iudicem et conficiat libellum conventionalem in quo scribat super qua re velit convenire eum. Quo libello confecto iudex per executionem suam mittat libellum reo. Reus statim viso libello scribit in illo quo die oblatus fuerit sibi... repraesentat se iudici et... accusatori respondet utrum velit cedere vel contendere. Tali facta responsione dicitur lis contestata... facienda partibus praesentibus et consentientibus... Si actore praesente et intendente reus statim incipiat negare respondendo, iam lis est contestata sine solemnitate et reus nullas habebit inducias nisi secundum arbitrium iudicis vel trium vel quatuor dierum* (1). La narrazione fatta da ambo le parti aveva valore di contestazione quando era fatta *ea mente* cioè colla intenzione *ut in causa procedatur*, quindi di presentare le rispettive prove (2): donde il significato attribuito a quest'atto formale solenne: dimostrazione di voler *cum adversario litigare* (3).

Durante ne dettò la formola; dice l'attore: *dive iudex, postulo ut faciatis litem cont. super libello meo.* Dice il giudice: *petis tu sicut lectum est et credis iuste petere? Sic.* E al convenuto: *Sunt vera quae in libello continentur? Nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere.* Allora sorge l'avvocato dell'attore e legge il libello. Ma al sec. XIV queste interrogazioni erano ite in disuso: al tempo di Baldo la procedura si era semplificata: *dato libello et sic proposita facta narratione* l'attore è obbligato alla lite che è contestata: in tal modo a questa si sarebbe giunti anche nell'assenza della controparte (4). Tale punto non restò definito: da Maranta a Scaccia non vi fu concordia di opinioni: ma la questione era piuttosto apparente che reale dal momento che si era ammessa

---

pag. 53; l. si debitor, Dig. de petit. haeredit., vol. I, pag. 168; l. 1, Cod. de litis cont., vol. VII, pag. 98; l. 7, Dig. de verb. oblig., vol. VII, pag. 15.

(1) *Incerti auctoris ordo iudiciarius*, I, 6, ed. GROSS, 1870; IOAN. ANDREAE, *Summula*, II, 1; PLACENTINUS, *Summa in cod.*, III, tit. 9 (ed. 1536); PILLIUS, II, 1.

(2) AZO, *Summa Codicis*, lib. III, de lit. cont. pag. 170; TANCREDUS, III, 1.

(3) INNOCENTIUS IV, *Super Decret. Commentaria*, lib. II, tit. 4, de lit. cont., c. 1, § 4.

(4) c. olim inter, X, de lit. cont. II, 5. Pratica però avversata da Pietro de Ancharano e da altri che volevano la presenza delle parti. E così voleva lo Stat. di Ferrara, sec. XIV, II, 16.

Digitized by Google

una finta *lit. cont.* e così si era vuotato l'atto del contenuto proprio secondo il diritto romano e canonico.

8. Perchè bisogna avvertire che i legislatori statutari avevano lasciato i giuristi disputare sul significato e l'importanza della *lit. cont.*, sulla quale erano passati con sicura e agile disinvoltura; e ciò fin dal sec. XIII quando avevano disposto che molte controversie potessero risolversi sommariamente *sine libelli oblatione et litis contestatione*. L'*extra ordinem cognoscere* includeva la soppressione delle solennità e fra queste aveva posto la *lit. cont.* In tal senso suonavano gli Stat. di Pisa del 1275, 1286 (1), lo Statuto di Pistoia del 1246 nelle cause alimentarie decise *sine lib. obl. et lit. cont.*, e in quelle di servitù prediali (ed. ZDEK, II, 13; Tract. LXXII), il Breve della stessa città del 1284 nelle cause di sindacato (II, 211), gli Stat. di Padova nel 1302, di Parma del 1295 (2). Poi mentre il diritto canonico prescriveva che *lite non contestata* non si udissero testimoni, la legislazione statutaria del sec. XII e XIII ammetteva le loro deposizioni in qualunque momento (3), e poi che nelle cause debitorie a presentazione della carta, pur nella contumacia del convenuto, si pronunciasse sentenza definitiva *eciam lite non contestata* (4). Poi era venuta la Clem. *Saepe* (v. capo VII) a dichiarare che nelle cause trattate *de plano*, sommariamente non era necessario *postulare lit. cont.*. E poichè il processo sommario tanto si estese da prevalere sull'ordinario, ne seguì la crescente svalutazione anche in questo della *lit. cont.* non più inserita fra i *substantialia* ma diminuita al grado di un rito anche trascurabile.

A questo punto vanno poste in evidenza le ragioni intime di questo fatto, le quali stanno in dipendenza di una concezione nuova del processo civile determinatasi in Italia dopo il secolo XIII, tanto nei territori retti a Comune quanto in quelli a monarchia; concezione dovuta alla potenza attiva della Città-Stato nel nord e in Toscana, del re sovrano nel Napoletano. In

(1) c. 118, 119, 120, 121, 132, v. BRIEGLEB, cit. al capo seguente, pag. 31; WACH, *Arresiprozess*, pag. 184.

(2) Stat. di Padova, I, 4, st. 3, an. 1236; I, 2, st. 4, an. 1278; I, 4, st. 3, an. 1316; Parma, an. 1316-1625, pag. 169.

(3) Stat. di Pisa, an. 1164, ed. BONAINI, pag. 26; Verona e altri, cit. al cap. VII.

(4) Stat. di Parma, an. 1235, pag. 114.

Digitized by Google

questi territori i giudici furono investiti di funzioni giurisdizionali, come organi dello Stato, e quindi la loro attività fu portata nel campo del diritto pubblico (e su questo vedi al capo XIII), colla naturale conseguenza che fu tolto al processo civile il carattere privato e alla lite quello di un contratto o quasi contratto, nascente dalla *lit. cont.* (così era presso i Romani: *in iudiciis contrahitur*), per divenire l'uno e l'altra appartenenza del diritto pubblico. Bastò da allora la domanda giudiziaria perchè gli organi giurisdizionali dovessero agire, col risultato di togliere importanza alla *lit. cont.* e ritenerla un rito da potersi omettere, come infatti si ometteva nel processo sommario.

9. Con ciò non è detto che il nome e la cosa scomparissero dalle leggi e dai trattati di diritto, entrambi legati alle tradizioni della scuola e per eccellenza misoneisti. Le leggi sabaudo-piemontesi ne parlano come di pratica vigente (SOLA, pag. 418): anche nelle riforme statutarie posteriori al sec. XVI ricompare in città ove dalle leggi antiche sembra ignorata. Invece nel Napoletano era caduta in oblio. Matteo de Afflictis scrive: *hodie* nei nostri tribunali la *lit. cont.* è soppressa: e infatti i proceduristi di Napoli e Sicilia non la nominano. Rivive nelle opere dei culti, degli Alciatei, di Donello, ecc.: ma anche dove l'influenza delle scuole la faceva ricordare, non era più nel significato classico: perchè, e questo è l'essenziale, riconoscendosi necessario fissare i punti del litigio, si ammetteva che questi si deducessero per tutte le vie possibili, con tutti gli elementi processuali capaci di determinare una contestazione che così era *finta*. Sulla quale fiorirono dispute senza fine, o non volendosi cedere dalle vecchie posizioni o cercando di coprire la finta colle vesti della solenne.

Cominciamo dalle dispute sul valore della risposta dubitativa, ambigua, della confessione e del silenzio opposto: e la risoluzione di questo punto involgeva la natura e l'importanza stessa della *lit. cont.* Se questa valeva come quasi contratto (1), tanto che prima di essa non vi era lite, si chiedeva: il convenuto presente ma tacendo, si è obbligato ad accettare l'intervento dell'autorità giudiziaria? Secondo il concetto rom. si doveva rispondere negativamente (2): ma i proceduristi italiani cercavan così ragionare: se il

(1) BARTOLUS, in Dig., l. 11, § idem scribit, XV, 1.

(2) Così sembrerebbe della l. 1, Cod. III, 9: *lis tunc videtur contestata cum iudex per narrationem negotii causam audire caeperit.*

Digitized by Google

silenzio che si chiede alla *lit. cont.* non risponde agli effetti, deve il giudice sloggiare il convenuto dalla insidiosa posizione e farlo decidere, essendo la contestazione atto giudiziario, ed ufficio del giudice imporsi alla contraria volontà, e ciò prendendo pegni, cauzioni, immettendo l'attore nel possesso e perfino catturando il convenuto (1). Solo nei giudizi ereticali si poteva dispensare dalla contestazione, poichè in essi non era richiesta alcuna solennità e la stessa querela si accettava in modo qualsiasi, *qualis qualis*. La debolezza di tale ragionamento era avvertita anche dagli stessi autori, e questa coazione parve alfine irrazionale: il primo passo fu nell'ammettere una contestazione finta equivalente alla vera quando il convenuto citato per tre editti non rispondesse: allora gli si applicavano le stesse conseguenze della contumacia, *contra contumaces omnia iura clamant.*

Due correnti dottrinarie vennero in contrasto: una rigorosa e l'altra favorevole alla cont. finta. La prima voleva l'interrogatorio del giudice e la presenza delle parti «perchè, come non si può dire combattimento se una parte è assente, così non si può avere cont. di lite se uno è assente e se dimanda e risposta sono date con intervallo: devono invece seguirsi *in continenti*: dopo di che si faccia la seguente notazione: «Il tal giorno, nel luogo tale il convenuto, lettogli il libello, *litem contestando negavit posita in libello salvo iuribus et defensionibus suis competentibus* (2)». Allora era cosa di rigore l'interrogatorio del giudice colle parole già ripetute e colla sua dichiarazione finale: *lis est contestata* (3).

Per l'altra corrente preferita nelle curie ecclesiastiche non è richiesto l'intervento del giudice: l'interrogazione può farsi dalle parti fra di loro (4), senza parole di rito, qualunque risposta è ritenuta sufficiente. È la corrente che prevalerà nella legislazione civile, non solo nel processo sommario ma anche nell'ordinario, fin dal sec. XIV: il convenuto può *sponte* contestare nel modo

(1) DURANTIS, II, *de litis cont.*, 11, 22; MARANTA, VI, 10; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. I, c. 103, pag. 424; CLARUS, *Recept. sent.*, lib. V, qu. 45.

(2) BARTOLUS, *Tract. de ritu iudiciorum*, pag. 399.

(3) IOAN. ANDREAE, *Summula* cit.; DURANTIS, II, de lit. cont., § 2, n. 8.

(4) IOAN. ANDREAE, *Summula* cit.; GRATIA, II, 1, § 1 e 3, pag. 357: *scias quod l. c. fit tam ad interrogationem iudicis quam partis adversae*; PANORMITA, in Decret., lib. II, 5, n. 6: *ipso narrante et loquente et reo respondente fit l. c. nec interest, an iudice interrogante hoc fiat et an partes inter se hoc faciant, iudice pro tribunali sedente autorizzante.*

Digitized by Google

più libero, soltando mostrando il suo *animus litigandi* (1), anche se non è presente l'attore, di cui non è necessaria la collaborazione (2).

Le leggi, rendendo la *lit. cont.* atto unilaterale, vollero dare snellezza e rapidità al giudizio (3). Anche il procuratore colla sola presentazione del libello contestava la lite, pur ignorando i difetti del mandante: così le Const. r. Sic. (II, 18): *in principalibus personis per negationem vel confessionem: in procuratoribus et defensoribus aliorum per ignorantiae verbum fieri potest.* Questa corrente meno formalista prevalse nei tribunali (4): non solo la risposta, sì o no (5), ma anche lo scorrere dei termini accordati per le prove (6), per trovare avvocato (7) e il silenzio rendevano contestata la lite (8). Tale fittizia o tacita contestazione, che fu adottata dal Cod. di Carlo Felice per la Sardegna, influiva sulla procedura contumaciale in quanto l'attore per la contumacia del convenuto aveva la scelta, secondo lo Statuto di Trento, *vel accipiendi tenutam vel faciendi pronunciari litem pro contestata et intelligatur esse responsum ipsi petitioni negando et procedatur ac si lis esset inter partes legitime contestata* (9).

Così modificata nella forma, la *lit. cont.*, che originariamente

(1) Stat. di Lodi, 1390, II, 58.

(2) Stat. di Lucca, II, 42, 64; Bologna, ed. SACCUS, IV, 16; Cesena, foglio 13; Lodi, f. 14; Casalmaggiore, 1592, pag. 146; Cremona, 1578, c. 256.

(3) La Rota rom. mantenne alla *lit. cont.* il carattere di atto bilaterale. Così gli Stat. di Sinigaglia, II, 24; Velletri, II, 4; Piacenza, II, 1.

(4) Stat. di Roma, 1580, I, 16; Lucca, 1539, I, 64; Pragm. nap., 18, § 3, de ord. iudic.; Stat. vetera di Amedeo VIII, II, 129; Pragm. sicil., XVII, tit. 2, vol. I.

(5) Stat. Parma, 1255, pag. 2.

(6) Stat. di Pistoia, 1284, II, 11: *de termino dato ad probandum loco litis contestatae habendo*; Stat. di Trento, ed. GAR, pag. 27: *quilibet terminus datus partibus ad probandum habeatur loco litis cont. et litis contest. inducat ubi lit. cont. non praecessit.* Così Stat. di Belluno, II, 17; Vergate, c. 35; Milano, 1396, III, 29; Como, 1281, *Mon. h. p.*, 209; Como, 1335, III, 11; Brescia, 1313, III, 216.

(7) Stat. di Trento, 1528, I, 20; Brescia, 1313, III, 216.

(8) In Piemonte era provata con testi quando non risultasse dagli atti; NANI, *Stat. di Pietro II*, r. 3; Stat. di Brescia, 1313, III, 59; *L'ordine di procedere nel foro di Verona*, esp. da D. MICHELI, 1740, II, c. 2.

(9) Stat. di Trento, pag. 27: *Et si reus comparuerit in termino sibi statuto, respondeat, litem legitime contestando exceptione aliqua non obstante: quae responsio habeatur pro lit. contest. et procedi possit ac si lis esset legitime contestata.*

Digitized by Google

era fatta a viva voce, dalla parte, si compì ordinariamente dal procuratore (1), colla presentazione delle *positiones* che ne tennero luogo: e allora la dottrina insegnava che vi erano tante contest. quante erano le *positiones*, massima che si trova anche presso i canonisti, nel presupposto però che ad esse fosse dall'altra parte data risposta, e il silenzio aveva la stessa efficacia (2). Poi quando il rito sommario sconvolse le forme consuetudinarie del processo, anche questa solennità potè pretermettersi. Le leggi espressamente non la richiedevano più nelle cause di confini, di construzione o abbattimento di muri, di acque (3). Mariano Socino, senese (1401-1467), giurista di molta autorità nel suo tempo, volle conciliare la tradizione della scuola favorevole alla *lit. cont.* colla pratica che tendeva a liberarsene, e ricorse all'espediente suggerito dalla scolastica del tempo, di collocare la *lit. cont.* fra i *substantialia* del giudizio ma di elencare 82 casi nei quali non era necessaria (4). Con tali metodi ognuno comprenderà se la procedura poteva assumere il carattere di trattazione scientifica.

Più logicamente proseguì la pratica nel ritenere contestata la lite colla comparsa delle parti o dall'istante *cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.* Anche i commentatori dei Riti napol. e siciliano attenuarono le prescrizioni rituali in proposito, sempre però con quel modo di ammetterla qua, negarla altrove, che mostra la mancanza di direttive nel loro pensiero (5). Le leggi però avevano spezzato gli indugi e liberato definitivamente il processo da una formalità facendo risalire l'esistenza di una lite al primo atto contraddittorio, la presentazione degli articoli, delle prove, delle scritture e a qualunque atto scambiato fra le parti. Così fin dal sec. XVI (6). Tale concetto prevalse nelle Costit. piemont., estensi del sec. XVIII e nella Pramm. sicil. 18 febbr. 1801 (7), che stabilì anche che nelle cause *per via*

(1) L'avvocato era ammesso solo dopo la contestazione; PILLIUS, III, 15; TANCREDUS, III, 3, § 4; IOAN. ANDREAE, pag. 52.

(2) HOSTIENSIS, *Lecturae*, de lit. cont., rubr. quae ratio sit, § 2.

(3) Stat. di Trento, pag. 148; Fiume, 1530, II, 8.

(4) M. SOCINUS, *De litis contestatione*, Pavia, 1509, c. 3.

(5) CUMIA, *Comm. in Ritus M. Curiae Siciliae*, Palermo, 1588, pag. 229, 272.

(6) Così Dispacci napol., parte II, tit. 82, disp. 11, in GATTA, *Reali dispacci*. E per la Sicilia v. Pragm. del 1577, tit. XVI, e *Const. pramm.* di M. ANT. COLONNA, an. 1582, de modo proced., pag. 25, § 1-4.

(7) Citata da GALLO, *Cod. eccles. sicul.*, I, pag. 116.

Digitized by Google

di effetto, quando cioè si mandava ad effetto un atto giudiziario, fosse contestata la lite dal giorno in cui il convenuto presentava il suo contrario effetto, cioè rispondeva opponendo, eccependo: in quelle *per viam cedulae* dal giorno in cui presentava la cedola responsiva.

Nelle leggi moderne alla parola *lit. cont.* fu sostituita l'altra, il *contradditorio*: quella restò nei tribunali ecclesiastici, colle distinzioni di solenne e meno solenne, affermativa e negativa, ecc., proprie del sottile scolasticismo medievale.

10. Alla *lit. cont.* si collega la dottrina della litispendenza e degli *attentati*, cioè del disprezzo di una inibizione giudiziaria. Dopo la chiamata in giudizio era regola: *nil innovetur*, e ogni innovazione era un attentato, parola introdotta dal diritto canonico e materia largamente trattata dai canonisti (1). Gli attentati si respingevano *sine libello ex puro et mero officio iudicis* (2), riguardandoli come offese alla giustizia, quindi a voce, prima di sentenziare. « Gli emergenti delle innovazioni ossia attentati in pregiudicio della pendenza della lite » dovevansi risolvere sommariamente senza ritardare il processo della causa principale: così leggi piemontesi (SOLA, pag. 487), ed era multato chi non provava l'innovazione. Il nome di attentati davasi anche agli atti dal giudice eseguiti durante l'appello, per es. spogliando alcuno del possesso (3). In base al principio *nil innovetur*, si punivano venditore e compratore di cosa in litigio (4), che a Napoli dicevasi avere il *vitium*

(1) Così sono definiti gli attentati nel Regol. pontificio legislativo e giudiziario, art. 872. Sulla prima regola v. X, II, 16; in VI, II, 8; Clem., II, 5 e INNOCENTIUS IV, c. 1, X, II, 16; HOSTIENSIS, *Summa aurea*, ad c. 68, X, de appell. init.; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, tit. de interloc. et appell., n. 73. Sugli attentati, v. DURANTE, II, 1, de rescr. paes., § 4; MARANTA, VI, pag. 459; DE FERRARIIS, pag. 195.

(2) Stat. di Gubbio, 1685, III, 8.

(3) R. Costit. piem., 1770, III, tit. 26; FABER, *Errores pragm.*, lib. VII, tit. 26; MORO, *Practica civ.*, c. 12; SORGE, *Praxis*, pag. 579.

(4) Così le Const. r. Sic., II, 45. Ma un Cap. di Carlo II, de conventis qui alienant possess., dispose che l'attore proseguisse il giudizio contro l'alienante e ne chiedesse l'esecuzione contro il terzo possessore. Sugli attentati v. LANCELLOTUS (m. 1585), *De attentatis et innovatis lite et appellatione pendente*, Roma, 1576, e nei *Tract. univ. iuris*, tomo V, pag. 286; MARTINUS DE FANO ed HERCULANUS, id., tomo V, pag. 256, e varie ediz.: RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. II, c. 15; VESTRIUS, *Praxis*, parte VIII, c. 4; TUSCHUS, *Conclus.*, lett. A., voce Attentata.

Digitized by Google

litigii: e siccome le istanze davanti al S. R. Consiglio erano perpetue, così vi eran giuristi a sostenere anche la perpetuità di tal vizio per le cose in litigio davanti ai supremi tribunali: ma poi dicevasi che qualsiasi giudice può togliere il vizio per giusta causa (DE ROSA, pag. 290; SORGE, pag. 317); e in Piemonte la vendita di cosa litigiosa potevasi fare *quando l'accompratore non sia più potente o privilegiato, con decreto del giudice* (SOLA, pag. 696).

§ 4. *Il giuramento di calunnia.*

11. La procedura romano-canonica conservò il *iusiur. cal.* da prestarsi da ambo le parti *in anima iurantis* prima della cont. di lite e dal procuratore *in anima sua.* Ad esso, secondo il dir. can., non si poteva rinunziare (1), e anche le leggi dichiararono perdente chi si rifiutava prestarlo. Era ben distinto da quello *de veritate* usato fin dal sec. XI, messo a carico dell'attore sulle prove che presentava e sulla sua buona fede (Pillius, II, 11): e il fatto che cadeva sulle prove, spiega perchè potesse prestarsi anche dopo l'esaurimento loro e solo prima della sentenza. Nel *iusiur. de ver.* la formola suonava: *est non est*; il che lo differenziava da quello *de cal.*, il cui contenuto riguardava la *credulitas secundum animi opinionem.* Col primo si assecondava il giuramento dei testi: col secondo si affermava la credenza nel proprio diritto. Malgrado la differenza fosse così chiara, non fu evitata la confusione; nè valse ad evitarla l'averli conglobati entrambi in un terzo, il *iur. malitiae*, da deferirsi per ogni articolo e posizione se vi era sospetto di mala fede (2). La legislazione statutaria però non adescò e in generale fu paga del *iur. cal.* prestato *in limite litis* (3), e quella *de verit.* e *malitiae* non uscì dai libri (4).

(1) c. 4, X, V, 37; c. 3, X, I, 3; X, II, 7; c. 2, in VI, II, 9. Però chi non giurava non decadeva dall'azione *ipso facto*, richiedendosi sentenza declaratoria. GIOV. DE GRASSIS (*Arbor iurisdictionum*, nei *Tract. un. iuris*, III, p. I, pag. 22) pose il *iur. cal.* al terzo posto, dopo aver assegnato il secondo alla *lit. cont.*, e scrisse che esso appartiene a tutta la causa.

(2) Const. usus Pisan. civ., 1231, c. 11.

(3) Ritus M. C., 237; Stat. di Pietro II di Savoia, c. 2; Bologna, 1245, II, 1; Ferrara, 1567, II, 36; Sassuolo, 1562, II, 13; Collalto, 1589, ed. FERRO, I, 17; SALVIOLI, *Giuramento di calunnia nell'antica legislazione italiana*, Palermo, 1888.

(4) AZONE (Summa in 3 lib. Cod., 1584, pag. 157, 1254) stabilisce quattro differenze col *iur. de malitia* che è richiesto anche dopo la lit. cont. e più

Digitized by Google

Quindi appena il convenuto era davanti al giudice, questi invitava le parti a giurare e nessun atto potevasi compiere se questa solennità non era adempita (Piacenza, 1560, II, 51; Jesi, 1597, II, 7). E tutti dovevan prestarlo, dove richiesto, salvo i minori, i chierici (1); salvo il padre contro il figlio, l'erede per le cause del defunto, il signore in lite contro il vassallo (*Libri feud.*, II, 33). Giuravano gli avvocati: *me credere facere iustam causam, non utor mala licentia, non dabo fraudolentum consilium*, pronti a rinunziare alla causa ingiusta (2). Oppure gli avvocati giuravano solo sul diritto non sul fatto. Giurava il procuratore *in anima sua* di credere alla bontà della lite e di non valersi di cavilli (3). Non giurava l'avvocato del fisco, e in alcuni luoghi dispensavasi l'avvocato se l'avversario si ristava dal pretenderlo (4). In generale era prestato *ante lit. cont.*, ma non mancano statuti che lo rimettono alla volontà del giudice (5); innovazione contraddicente la sua natura, perchè allora acquistava valore di prova (Pillius, II, 11): il che indusse Bartolo a distinguerlo da quello *ad probationem*, il cui contenuto era il *scire* non il *credere*, che prestavasi dopo le prove (e su queste giuravasi: *verum est*), e che anche potevasi rimandare al momento della sentenza e addossarlo al vincitore che giurava essere la sentenza conforme a verità (6).

Altre particolarità riguardano la sua prestazione per mezzo di procuratore (negata però a Gubbio, 1685, II, 10) — l'obbligo della parte avversa di essere presente (7) — di prestarlo senza bi-

---

di una volta, anche nelle cause spirituali, col presupposto che si litighi per malizia; e tre differenze indica col *iur. de veritate*.

(1) Stat. del Frignano cit.; Reggio, 1582, II, 23; Ferrara, 1567, II, 36.

(2) Stat. di Bologna, 1561, II, 16; Lucca, 1549, c. 65.

(3) Stat. di Parma, 1255, pag. 231; Lodi, 1586, pag. 670; Moncalieri, Vercelli, Casale, in *Mon. h. p. Leges*, pag. 944, 1365; Valsassina, 1388, ed. Milano, 1684, c. 162.

(4) Stat. di Collalto, I, 17.

(5) Stat. del Frignano, 1587, II, 17; Belluno, 1747, II, 419; Cesena, 1588, I, pag. 131; Leges Carrarenses, 1574, II, 16; Statuta Pallavicinia, Parma, 1582, I, c. 16.

(6) BARTOLUS, ad l. 13, § 13, Dig. de damno infecto; l. 2, Cod. de iur.; IOAN. ANDREAE, *Summula*, II, 3. La dottrina aveva così sdoppiato il *iur. cal.* in generale e riguardava tutta la causa, in particolare per alcuni punti di essa. Cfr. P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, forma libelli, pag. 142.

(7) Stat. di Bologna, 1245, IV, 20; Genova, c. 16, *H. p. Mon. Leges*, pag. 244; Verona, 1228, VII, 71.

Digitized by Google

sogno di *petitio* o *positio* (Bologna, 1561, II, 16; Lucca, 1549, c. 65) — la possibilità di non prestarlo *de voluntate partium* (1). Si capisce da ciò che aveva perduto ogni importanza, un rito morto, o una fonte di spergiuri, come dicevano Baldo (vedi più avanti) e Maranta (VI, de iur. de cal., n. 10).

Le leggi del Friuli e d'Istria mai l'avevano accolto: e città piemontesi e lombarde l'avevano abolito nei sec. XIII o XIV (2): e altre non lo dichiaravano più di sostanza, nè causa di decadenza il non prestarlo, riassumendosi tutto il giudizio sulle prove addotte (3). In alcune città del Veneto era dichiarato obbligatorio se non quando una parte lo chiedeva o il giudice lo deferiva (4), e se non chiesto, *pars non erit contumax in non iurando* (Gubbio, 1682, II, 10). A Lucca si poteva omettere (1549, c. 65): a Reggio o prestarlo o dichiararsi vinto (1582, II, 23): a Finale ligure ammesso solo per le cause importanti: ad Aosta imposto al convenuto quando l'attore lo prestava (5): a Pisa (1296, II, 1) il non prestarlo obbligava l'attore a provare in termini più brevi: secondo le Cost. egidiane della Marca anconitana (V, 3) non prestato *ubi agitur vigore instrumenti*, cioè nelle cause di esecuzione parata. A Milano era stato mantenuto solo nelle liti di cittadini contro forestieri (c. 3) e sotto condizione di reciprocità, purchè *in terra sua fiat*: e il perdente in ogni lite poteva chiederlo alla parte vincitrice al momento della sentenza. Leggi milanesi del sec. XIV lo escludevano nelle cause di prima istanza: ma l'imponevano in appello (1396, III, 34): poi scomparve definitivamente nella fine del sec. XV (1498, c. 81) dalla legislazione milanese, salvo in alcune controversie mercantili (Lattes). Non figurava nelle antiche leggi bresciane, ma invece era richiesto nelle redazioni del sec. XV (1429, fol. 97; 1470, c. 17).

A meno che non fosse esplicitamente abrogato, il silenzio delle leggi nulla prova, perchè dicevasi essere istituto proprio del diritto comune e di consuetudine: quindi alla parte avversa competere la facoltà di esigerlo, e allora doversi condannare il

(1) Stat. Feltre, II, 18; Brescia, 1776, c. 17; Collalto, cit.

(2) Stat. di Gubbio, 1685, II, 10; Ferrara, 1567, II, 36.

(3) Stat. di Collalto, cit.; della Patria del Friuli, 1745, c. 37.

(4) Stat. di Feltre, 1749, II, 8; Belluno, 1747, II, 19; Padova, 1682, pag. 40. Così anche a Messina: GENUARDI, pag. 35.

(5) Cont. génér. d'Aouste, 1584, IV, tit. 20, art. 21, 22; Stat. et decreta Marchionis Finarli, 1636, c. 5.

Digitized by Google

renitente [1]: solo se quella non l'esigesse, in qualunque momento, il giudizio esser valido, non essendo *de substantia*, se non nel caso che fosse richiesto [2]. Ancora la casistica l'aveva eliminato nei fatti notori, confessati, provati, nei procedimenti *ex officio* e di giurisdizione volontaria. Siccome poi il diritto comune non conosceva un *iusiuram. malitiae* menzionato, ma senza importanza, da alcuni antichi proceduristi [3], così esso rimase, e lo si è già detto, alla pratica posteriore completamente ignoto. La sua formola avrebbe dovuto essere in tal modo concepita: credo aver buona fede, non negherò ciò che credo vero, non proporrò false prove, nè dilazioni fraudolente.

A chiudere quest'esposizione riferiamo come un anonimo giurista versificatore riassunse il significato che doveva avere questo giuramento, che Baldo molto opportunamente aveva svalutato e condannato. Il poeta si richiamava alla santità dell'atto: *Istud iuretur quod lis sibi iusta videtur — Et si quaeretur verum non inficietur — Nil promittetur ut sententia detur.* Le parole che nel sec. XIV Baldo ebbe a scrivere sono le seguenti: *hodie iur. cal. non appretiatur uno obolo, quia facti sumus contemptores Dei et religionis* [4], e al secolo XVII Scaccia (lib. II, c. 1) aggiungeva: oggi piuttosto si giura di far calunnia che di evitarla.

Eppure l'inerzia forense lo conservava pur non attribuendogli importanza e conseguenze. Nel 1697 Papa Innocenzo XII propose alle Congregazioni se conservarlo o abolirlo: la risposta dovè essere per conservarlo, perchè nel 1720 si commetteva l'assurdità di chiederlo agli imputati nelle cause criminali [5]: soltanto nel 1723 Benedetto XIII si decise ad abolirlo, non però per le ereticali [6]. In Toscana ove fin dall'introduzione del foro mercantile non era richiesto per le cause discusse davanti a questo, fu abolito con legge del 1679. E nel corso del sec. XVII scomparve dalla pra-

(1) Per lo Stat. di Roma, I, 66, il convenuto che non giurava non si aveva per confesso, ma solo gli si negava di difendersi.

(2) CUMIA, *Comm. in Ritus Curiae Siciliae*, 1588, c. 38, pag. 100.

(3) BALDUS, in l. Si post, Cod. de evict., vol. VIII, pag. 167. I proceduristi del sec. XVI non seguirono Durante e Maranta che lo dicevano de substantia.

(4) PILLIUS, II, 3; GRATIA, parte II, pag. 360.

(5) MATANI, *De iuram. calum.*, Pistoia, 1614; DEL RE, *Iudiciarii processus antecursoria de iur. cal.*, Ven., 1598, 1609, con 2 ed. in Germania.

(6) Concl. rom., 1723, tit. 23.

Digitized by Google

tica piemontese e savoiarda, non che da quella veneta: e anche pei territori di terraferma della serenissima Repubblica non si usava (1). Nel Napoletano aveva mutato figura riassumendosi nel giuramento generale che prestavano gli avvocati al momento che vestivano la toga o ricevevano la laurea (2). Questo avanzo di idee in fondo buone laddove la santità del giuramento è sentita con piena fede religiosa, si trascinò ancora per un poco, finchè alle prime timide riforme del sec. XVIII scomparve del tutto.

§ 5. *Interrogatori e posizioni.*

12. Il processo medievale aveva lasciato in eredità l'uso che il giudice interrogasse le parti, e a questa pratica alludono i più antichi commentatori dell'ordine giudiziario romano-canonico, che trovavano le *interrogationes* già nel diritto romano, nella fase *in iure* che essi interpretavano *in iudicio*. Per essi base del giudizio erano le confessioni e gli interrogatori da farsi dopo la *lit. cont.*, che chiamano *acta apud iudicem* (3). Anche le Decretali conoscevano solo *quaestiones*, cioè domande e risposte (4) o del giudice o delle parti. Sugli interrogatori del giudice Durante così scrive (II, 1, de posit., § 3): *sed licet possit interrogare usus tamen*

(1) Pel Piemonte v. SOLA, *Observat.*, gl. 13. Per la Toscana, SABELLI, *Pratica*, voce giuramento.

(2) Le Cost. r. Sic., I, 84, 85, imponevano agli avvocati un giuramento generale di difendere i clienti con fedeltà, verità *et sine tergiversatione*, di non assistere in cause disperate, di rinunziare a quelle che da principio sembrano giuste e nel progresso appariscono ingiuste o per fatto o per legge. Tal giuramento si ripeteva ogni anno avanti il Giustiziere del luogo. La pena era la rimozione dall'ufficio, l'infamia perpetua e una multa al fisco. Fu imposto ancora colla Pramm. 80, de offic. S. R. Cons., an. 1629, 1650. Vedi Pramm. 15 de suspicionibus, an. 1689.

(3) Così PILLIO, II, 11; TANCREDO, III, 3; DAMASO, tit. XI; BONAGUIDA, IV. Per DURANTE la *positio* era un'*interrogatio coram iudice sedente*. Bartolo escludeva però che fossero proprie del procedimento romano e le attribuiva al canonico: *Doctores nostri dicunt magis quod est inducta per consuetudinem*. Sulle posizioni, v. IACOBUS DE ARENA, *Tract. de posit.*, in *Tract. univ. iuris*, IV, 2, f. 3; UBERTUS DE BOBBIO, id. id., f. 8; VESTRIUS, *Praxis*, lib. V, c. 14; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. I, c. 60 e II, c. 7; MICHALORIUS, *Tract. de positionibus*, 1607 e 1647; CASTELLARI, *Delle posizioni nella procedura comune italiana*, in app. alle *Pandette* di GLUCK, libro XI, pag. 68-87.

(4) c. 1, X, de mut. petit., II, 4, an. 1180; c. 6, X, de iuram. cal., II, 7, an. 1206.

Digitized by Google

hodie non patitur quod possit ponere: imo ponit pars, nam sicut iudex non debet probare quae sunt in causa sed pars, ita nec ipse debet ponere sed pars. Con ciò Durante non nega che il giudice abbia facoltà di muovere domande *de facto* anche dopo conchiuso, perchè tutto deve sapere per poter *cuncta ad sententiam rimari* (id., § 4, n. 3). In quanto agli interrogatori delle parti i più antichi proceduristi li presentano come il fondamento del processo e precisamente secondo la pratica del mille e dei sec. precedenti. Pillio (m. 1207) parla solo di *confessiones et interrogationes* (II, 11) che si fanno davanti al giudice; così Damaso (tit. 31). Ma nei primi decenni del sec. XIII questi atti mutarono forma e assunsero quella di *brevis verborum formula*, cioè recisa affermazione che una delle parti poneva all'altra e si dissero *posizioni* (1). Tancredo, che morì nel 1234, inserì nel suo *Ordo* un tit. *de interrogationibus faciendis in iure*, nel quale gli interrogatori sono eguagliati o meglio trasformati in un istituto nuovo, le *positiones* (§ 3: *qualiter sunt formandae interrog. vel posit.*). Un contemporaneo di lui, Roffredo Epifanio (m. 1243), compose un trattato *de positionibus*, che comincia colle parole: *Cum frequens et quotidianus sit usus positionum.* Nel posto delle interrogazioni mosse da una parte all'altra la pratica aveva preferito togliere le ambiguità mutando la domanda in una affermazione: *quod olim sub forma interrogationis ponebatur, hodie in plano ponitur: hodie etiam fiunt interrogationes... et etiam super positionibus iudex interrogat*: così Durante riassume la trasformazione avvenuta non dandone però la ragione; e questa è nel passaggio dalla procedura orale a un'altra tutta scritta. La posizione infatti è presentata scritta.

13. Dichiarata dal convenuto la volontà di resistere, spettava all'attore svolgere e provare la sua domanda, il che egli faceva esponendo in una formola *mentem ponentis continens, ad causam pertinens, probationis loco succedens*, confermandola col giuramento (2). In ciò consistevano le *posizioni* che divennero di *usus*

(1) Nome che si voleva giustificare con testi romani che parlano di *ponere*, ma in altro senso, in quello di fingere un'ipotesi. Nè Irnerio nè Azone parlano di posizioni in senso processuale.

(2) DURANTIS, II, 2, de posit.; BARTOLUS, ad l. 22, Dig. de interrog. in iure, n. 12; P. DE FERRARIIS, *Practica*, forma posit., pag. 109; MARANTA, VI, tit. de posit.

Digitized by Google

frequens et quotidianus (1), parola accolta nelle fonti canoniche (2) e nei tribunali ecclesiastici dove restò, tradotta in *poste* dagli Italiani o anche con pericolo di equivoco in *articuli* e *articulare* (3). Al sec. XIV tanto coll'un nome che coll'altro si intesero non le domande ma le affermazioni o le negazioni e le confessioni (4).

I motivi che schiusero la porta a tali innovazioni sono indicati dagli stessi proceduristi antichi: agevolare le parti rispetto all'onere delle prove, mettendole in grado di liberarsene col provocare l'avversario ad una ultronea ammissione dei fatti che altrimenti avrebbe dovuto dimostrare: — raggiungere più speditamente la verità giudiziale, promovendone un volontario riconoscimento da parte dei litiganti stessi (5). Durante riassume così questi vantaggi: *ut relevetur ab onere probationis fiebant olim interrogationes et hodie positiones.*

Naturalmente non si intendeva che fosse tolta al giudice la facoltà di interrogare (6): le interrogazioni e le posizioni erano due specie dello stesso genere, *interrogationes*: ma le posizioni tendevano a prendere un primo posto. Pillio, Tancredo e Damaso distinguono nelle interrogazioni quelle fatte *ante lit. cont.* da quelle *post*; e le descrivono secondo il concetto, la materia, l'effetto, la sanzione, la forma: riassumendo la loro dottrina, si può dire che quelle *ante* sono preparatorie, mentre le posizioni *post lit. cont.* mirano a determinare il tema della prova che all'interrogante resta da prestare secondo l'esito della risposta. Con Durante le interrogazioni furono separate dalle posizioni che ne trattò a parte come un momento processuale di particolare significato: il che non vuol dire la scomparsa degli interrogatori da parte del giudice, il quale poteva sempre chiedere alla parte ponente: *si credit verum esse quod ponitur*, e l'avversario *si credit*

---

(1) TANCREDUS, III, 3, § 3; ROFFREDUS EPIPHANII, *De positionibus*, nel *Tract. libellorum*, Lugd., 1591.

(2) c. un., X, de lit. cont., II, 5; an. 1236, c. 2 in VI, de confess., II, 9.

(3) Però le due espressioni erano differenti: *positio fit ad interrogandum, articuli ad probandum*: *intendo probare sic*: BALDUS, ad l. 5, Dig. de interr. in iure fac. XI, 1.

(4) Gloss., ad l. 2, § 2, Cod. de iureiur. calum. II, 59; GRATIA, II, 3.

(5) GRATIA, II, 3; BONAGUIDA, p. IV, tit. 1.

(6) BULGARUS, V, § 9: *iudex examinet, saepius interroget, postea pronunciet*; TANCREDUS, III, 3, § 3; BARTOLUS, ad l. 22 cit., n. 7: *iudex in quacumque parte iudicii potest facere interrogationes*; AZO, *Summa*, pag. 1166.

Digitized by Google

quod ponitur (1). Le formule dell'uso forense però rivelano la parte secondaria lasciata al giudice: *Ponis tu vel credis per iuramentum quod in his positionibus continetur?* Alla risposta affermativa, allontanato l'avvocato del convenuto, il giudice chiederà: *Responde per sacramentum, salva anima tua, credis hoc?* La risposta *credo, nego, confiteor* sarà scritta *in actis*. E se il convenuto avrà confessato, l'attore procederà ad altri articoli (2). Il giuramento a cui si riferisce il giudice era *de calumnia*, non il generale che era *de solemnitate et forma iudicii*, ma quello che si riportava ai fatti concreti articolati, che poi dovranno essere provati. Il ponente è sulla sua coscienza impedito di affermare fatti a cui non crede (3), come l'avversario è obbligato ad ammettere quanto tiene per vero: e così le *positiones* colle interrogazioni del giudice riescivano a una *relevatio ab onere probationis*, succedevano *in locum prob.* e contenevano una *species probationis* (4).

A queste interrogazioni si riferisce Maranta che le riguarda come istituto *de iure comuni* in relazione ai Riti napoletani, e così fanno i pratici laddove si richiamano alle disposizioni statutarie relative alle posizioni. Questi poi notano 14 punti di differenza colle posizioni e 15 di affinità: la differenza sostanziale stava in ciò che l'interrogazione è ormai riguardata come speciale incombenza ed officio del giudice, la posizione diritto delle parti; che nella prima la parte *non fatetur*, mentre confessa nella seconda, e si bada alle parole e non ai cavilli (5).

In quanto all'origine delle posizioni, ben diceva Tancredi derivare dalla consuetudine per la quale le parti, proposta l'azione colle parole: *ego conqueror*, esponevano per mezzo degli avvocati le *inscripta verba* (6), cioè riaffermavano l'esposto nel libello, invi-

---

(1) DURANTIS, l. cit., § 3, n. 2.

(2) BONAGUIDA, IV, 1; HOSTIENSIS, l. cit.; P. DE FERRARIIS, l. cit.

(3) Costituz. egidiane, an. 1367, ed. SELLA, 1912, pag. 203: *praestito iuram. quod eas animo calumpniae non ponit et credit eas esse veras pertinentes*. P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, pag. 234, così riproduce la formola del ponente: *Positiones et articulos infrascriptos procuratorio nomine actoris medio suo iuramento... petit responderi per reum per verbum credit vel non credit, offerens se ad probandum negata ad superfluam tamen probationem se non adstringens... salvo iure etc., et protestatur.*

(4) TANCREDUS, III, 2, § 2; GRATIA, II, 3, § 1; DAMASUS, tit. 32; DURANTIS, II, de posit., § 2 e 4, n. 3.

(5) BARTOLUS, in l. 1, n. 6, Dig. de interrog. XI, 1; BALDUS, id., vol. I, pag. 328; MARANTA, VI, pag. 7, n. 6.

(6) FICKER, IV, n. 192, an. 1196.

Digitized by Google

tando l'avversario a rispondere: *verum est* o *non est*: dichiarazione che acquistò valore concreto quando fu risuscitato il *itr. cal.* con riferimento ai fatti speciali, e le posizioni giurate potevano rilevare dall'onere della prova (Const. r. Sic., II, 26). Anche qui scorgesi chiara la differenza fra l'*interrogatio*, funzione del giudice, rivolta all'attore ponente: *si credit verum quod ponitur*, e la *positio* che presentava solo la parte, mai l'avvocato, cui spetta il diritto non il fatto, come diceva Durante (1).

14. Si può chiamare vera innovazione italiana la pratica delle posizioni, che dovevano dare certezza alla lite. Sotto gli insegnamenti della scolastica, intendevano i proceduristi che costituissero un sillogismo, nel senso che altrettante proposizioni erano le domande e le risposte dalle quali il giudice traeva la conclusione.

In quanto alla natura delle posizioni, dal trattato *de libellis* di Roffredo Beneventano si apprende come fossero intese quale ripetizione del libello: in questo l'attore dice al giudice: *ago contra talem*, in quello l'avvocato investe l'avversario colle parole: *dico quod tu*... (2) e ripete quello che era scritto nel libello, inoltre elencando i fatti da ammettersi o da provarsi: così il convenuto propone le eccezioni. Nel libello era proposta l'*actio*, nella *positio* erano svolti i fatti e rivolte le domande, atto esclusivo delle parti, a cui non potevano sostituirsi il giudice o il procuratore, ripugnando al diritto e alla ragione che, dovendo essere un mezzo perchè *veritas ab ore litigatoris eliciatur*, si potessero intromettere persone estranee. Il giudice le esaminerà, le comunicherà alla parte, avvertita della santità del giuramento da prestarsi dal ponente e dal rispondente: noterà le risposte. Ecco perchè si poteva dire con Roffredo che le posizioni erano un libello giurato, al quale era data una risposta giurata. E Uberto da Bobbio ne dettava così la formola: *Talis dicit quod possessio fuit patris sui.* Il giudice allora, mandato via l'avvocato perchè non faccia segni e istruisca, chiede: *responde per sacramentum quod fecisti salva anima tua, credis hoc?*

Le posizioni parvero un espediente importante e decisivo per fissare le proposizioni attinenti all'azione su cui la parte avversa dovesse pronunziarsi; perciò gli statuti le accolsero di buon'ora:

---

(1) II, de posit., § testis, v. patronus.

(2) ROFFREDUS, pars I, de actione neg. gest.; pars IV, de act. civ., Colonia, 1591, pag. 47, 181.

Digitized by Google

ciò spiega l'insistenza delle leggi nell'escludere l'avvocato dal formularle (1), e la registrazione nelle carte giudiziarie che chi *pone* è la parte (2). Vero è che nella pratica forense tutto si corrompe, e già alla fine del sec. XIII Giovanni di Andrea nelle sue aggiunte allo *Speculum* notava una consuetudine che tollerava l'intervento dell'avvocato: *eas advocatus non facit sed dictat*, e poi al sec. XVII il trattatista delle posizioni scriveva che gli avvocati del suo tempo le concepivano in modo che non nascesse confessione alcuna che potesse rilevare il ponente dall'onere di provare (3): dal che si vede come dovettero essere frustrate le leggi limitanti l'intervento dell'avvocato a non oltrepassare la *positio a parte probata*, vietanti suggerire risposte e stare nell'aula al momento in cui le parti erano interrogate sulle posizioni (4). Solo gli era permesso stare nei pressi per assistere il cliente contro le posizioni cavillose: il che gli aprì la porta ad esaminare ogni posizione (5), e finì che le parti furono ammesse a rispondere coll'assistenza dell'avvocato (6), che, come osserva Durante, dice al cliente: se così rispondi perdi la causa; e non dice perdi l'anima.

La fortuna che accompagnò questa originale creazione italiana e la diffuse oltre le Alpi, va spiegata col fatto dei complicati rapporti giuridici sorti dopo il sec. XIII e chiedenti prove laboriose, a supplire tante altre di cui noi siamo in possesso. Le posizioni dovevano agevolare il compito del giudice non che semplificare il processo, che la pratica forense tendeva a rendere un macchinoso aggrovigliamento di cabale, essendo il giudice autorizzato a respingere le superflue, le oscure, le non pertinenti, le generali nonchè le cavillose, le impossibili, *contra naturam, in turpitudinem eius in quem fiunt*, ecc.

---

(1) Ritus M. C., 273; Stat. di Modena del 1327, lib. I, r. 122, ed. CAMPORI; Stat. di Mirandola, 1386, ed. 1885, III, pag. 44; Carpineto, ed. 1874 I, 42.

(2) Così nei docum. del sec. XIII, in *Hist. p. Mon. Chart.* II, n. 1568, an. 1219; n. 1877, an. 1247; n. 1905, an. 1252.

(3) MICHALORI, c. 6.

(4) Stat. di Cesena, 1582, I, fogl. 13; Forlì, 1615, II, 29; Gubbio, 1685, II, 6; Fiume, 1530, II, 11. Lo *Stat. di Pietro II di Savoia* (ed. NANI), r. 8, vieta all'avvocato di consigliare nelle risposte, a meno che non sieno oscure.

(5) Stat. di Ferrara, 1624, II, 47; Bologna, 1737, I, 20; Como, c. 97-102; Vergante, ed. SELLA, c. 46.

(6) Si cominciò ad ammettere l'avvocato pel rustico e l'idiota.

Digitized by Google

15. La *positio* era comunicata in scritto, e lo statuto di Brescello (1697, II, 11) autorizzava il podestà *eam distinguere et vulgarizzare et distincte et clare responderi facere*, risposta che poteva anche essere a voce e in segreto (1), ma non registrata dal cancelliere nel protocollo della causa. Colla oralità della parte intendevasi eliminare l'intervento dell'avvocato.

Si discuteva se le posizioni potevansi presentare solo prima della *lit. cont.* o anche dopo (2): notandosi che esse rendono più facile la prova, si concludeva che dove questa è ammessa, anche quelle devonsi accogliere. Ora la prova aveva luogo appunto dopo contestata la lite. Al giudice restava però sempre la facoltà di interrogare anche dopo conchiuso (Odofredo), e tale facoltà desumevasi da testi di diritto canonico (3); il che mostra come nei sec. XIII e XIV si insistesse sulla differenza fra posizione e interrogatorio, cioè su ciò che spettava esclusivamente alla parte e ciò che poteva esercitare il giudice; e la distinzione era portata sulla forma (4). Soltanto nei proceduristi posteriori scorgesi affermata questa differenza, notandosi che *iudex non potest supplere in factum*, e il fatto è di competenza della parte che, presentato il libello, formola le posizioni su quello che in esso ha narrato (5).

Comunque fosse la natura giuridica delle posizioni, *de substantia* o no, e su ciò discutevasi nei trattati, è certo che esse vincolavano il presentatore, che, constatato un fatto del quale rinunziava la prova, attendeva la risposta. Secondo la dottrina, il reo non poteva sottrarsi a rispondere in modo chiaro: e Bartolo insegnava: il giudice può imporre pena perchè risponda. Viceversa la sua risposta era la seguente: *negat narrata uti narrantur, dicitque ad petita uti petuntur non teneri*. In questo propugnacolo egli si rinchiudeva senza lasciar scorgere le armi per la difesa;

(1) Stat. di Lucca, 1539, II, 228; Reggio, 1582, II, 10; Padova, 1549, pag. 33; Ritus M. Curiae, 273; MARANTA, p. VI, de posit., n. 15; Costit. egidiane, cit.: *antequam ostendatur advocato*.

(2) ODOFREDUS, *De posit.*, in *Tract. univ. iuris*, t. IV, f. 2; IACOBUS DE ARENA e UBERTUS DE BOBBIO, citati, f. 2 e 6: questi negano la presentazione dopo la *lit. cont.*, il che è invece ammesso da Cino da Pistoia, Durante e da CURTIUS, in *Tract. u. i.*, IV, f. 10.

(3) Gloss. in Clem. Saepe, III, 11, v. longaevus; c. dudum, de elect. X, I, 6; c. unic. X, de litis cont. II, 5.

(4) Così Odofredo, Giacomo de Arena e Uberto da Bobbio.

(5) Così VESTRIUS, lib. V, c. 14 e 16; PARTUS, *Pract. capit.*, lib. II, c. 2; MICHELI, *L'ordine di procedere a Verona*, p. II, c. 3.

Digitized by Google

talchè l'attore imbarazzato dalla generale negativa era nella necessità di intraprendere la prova di cose e circostanze allegate nel libello, e più spesso senza bisogno, poichè ivi non stava il vero punto del litigio, e in altro il reo riponeva il forte della sua difesa che in seguito si scopriva, dopo perdita di tempo e spese in inutili prove. Le leggi non riuscivano a obbligare le parti a dichiarare distintamente ciò che ammettevano o negavano, nè riescivano a impedire che si allegassero cose false e si negassero impunemente le vere.

Secondo l'uso comune e le leggi il silenzio equivaleva a confessione: ma la soluzione non era pacifica pel diritto comune e pel canonico. Altri equiparavano il silenzio alla contumacia: nel primo caso il reo perdeva la lite, nel secondo incorreva nelle pene contro i contumaci (1). Una decretale di Bonifacio VIII del 1298 (c. 2, II, 9) decise ritenersi *pro confesso* chi interrogato dal giudice non risponde o non si presenta, sempre che la posizione offertagli sia corroborata dal *iuram. de cal.* generale prestato per tutta la lite, sia stata letta alla parte e vi sia ordinanza di magistrato (2). In questo senso disponevano le leggi napoletane e le Costit. egidiane (3). Si presumeva la confessione di chi era presente e doveva rispondere in un senso o nell'altro, piuttosto che gravare il ponente dell'onere di prova per ogni amminicolo portato in giudizio.

La risposta ambigua era respinta dalle leggi: *Nullus in facto proprio respondeat: dubito; sed: sic est vel non est; vel credo vel non credo. — De facto alieno cum in eo sit tollerabilis error, liceat alicui respondere: dubito* (4). E queste regole stabilite per gli interrogatori si applicarono anche alle posizioni.

---

(1) GRATIA, l. cit., de poena nolentis respondere positioni. Si ha *pro convicto*. Questo è l'*usus comunis*. Secondo il Ritus napol. 120, le Costit. egidiane, V, 19, e lo Stat. di Roma, I, 68, chi non rispondeva era tenuto per confesso; ma pel diritto comune e pel canonico la cosa non era specifica: v. Odofredo, Iacobo da Arena e Uberto da Bobbio citati; BARTOLUS, in *Auth. principales*, § *quod si actor* l. 1 Cod. de iur. propter. cal., II, 58; PAULUS DE CASTRO, *Lecturae*, in Cod. de iuram. cal.; Gloss., in c. fin de confess. in VI, II, 9.

(2) BALDUS, in l. 12, Dig. de interr. in iure, I, pag. 328.

(3) Pragm. neap., 6, de ord. iudic.; Costit. egidiane, an. 1307, ed. SELLA, pag 203: *Si non sunt pertinentes, responsio in nullo preiudicet... Si non responderit infra terminum habeatur pro confessato ipso facto eciam sine alia pronunciatione.* Stat. di Roma, I, 68.

(4) Const. pisan., c. 11, ed. BONAINI.

Digitized by Google

Come le posizioni, così anche le risposte erano accompagnate da giuramento *de veritate dicenda, de scientia, de credulitate et scientia*: e se la parte era rappresentata da procuratore come *dominus litis*, questi poteva chiedere differimento *ad consulendum*, cioè a rispondere dopo aver interrogato il mandante, oppure dichiarare la sua ignoranza e rifiutarsi a giurare *quia timet Deum*: la sua astensione non pregiudicava la parte, qualora dippoi assumesse il suo posto nel giudizio (1). In conseguenza la risposta falsa (*falso confiteri, falso negare*) doveva essere punita per spergiuro. Ma le leggi trovandosi di fronte a continui spergiuri, non punirono (2): e Maranta pure assolveva, rinviando la pena alla giustizia divina: si era in colpa non per lo spergiuro ma per avere mancato al precetto del giudice che richiese la parte *ut verum dicat sub certa poena, quo casu auctoritate praecepti posset illum punire si falsum dicit* (3).

La dottrina si esercitò in modo speciale su quest'argomento: notiamo, per es., le discussioni sulle posizioni negative. Porre è affermare: scopo del porre è esonerare dalla prova; e l'attore non può proporre la negativa. Ma intanto testi canonici ammettevano la prova anche in questo caso. Si era finito per lasciare all'arbitrio del giudice ammettere o no le posizioni negative. La giurisprudenza aveva il campo libero alle sue corse, perchè non trovava freni nel diritto comune, e le leggi municipali avevano preferito tacere: così discuteva sulla posizione erronea, sull'*error iustus, iustissimus*, se *iustus in iure, manifestus in facto*, ecc.

16. Nel sec. XVI e nel seguente le *posizioni* costituirono parte importante del processo, e le ricordano le leggi, ma più la letteratura, e si scrissero intorno ad esse trattati speciali (4): dovevano sempre aver la funzione di rilevare il ponente dall'onere della prova per mezzo della confessione dell'avversario, confessione giudiziaria irrevocabile, e perciò potevano presentarsi in qualunque

(1) Il procuratore doveva avere mandato speciale. Non si poteva rispondere per mezzo di procuratore se l'avversario aveva asseverato personalmente le posizioni: Decreta ducum Sabaudiae, Iolanda, 1477, c. 9; Filiberto, 1, 1480, c. 7; SOLA, *Comment. ad decreta ducum*, pag. 464.

(2) Ritus M. C., 273; Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 8.

(3) p. VI, de positione seu articulorum productione, n. 18.

(4) MICHALORIUS, *De positionibus*, 1647; MASCARDUS, *De probation.*, vol. III, concl. 1176 e seg.; e le *Praxis* di RIDOLFINO, p. I, c. 10; di SANFELICE, sect. 48; di ASINIO, § 19, cap. 11; MARANTA, p. VI, act. 4.

Digitized by Google

momento della causa, anche chiusi i termini di legge, e dopo la pubblicazione del processo, naturalmente soltanto su fatti non sul diritto *cum ius semper sit certum* (1): e si ammettevano anche le impertinenti colla clausola *salvo iure non admittendarum.* Ad esse rispondeva la parte e anche il procuratore con mandato specialissimo *ad sic et sic respondendum*, ma anche ogni procuratore *pro homine simplici et idiota*, che tale non ritenevasi più il rustico (2). Ma poichè chi negava una posizione con questa formola: *non credit ut ponitur*, e poi era convinto di mendacio, non incorreva in penalità e nemmeno nelle spese della lite, le posizioni introdotte per giungere alla confessione non ebbero più ragione di essere. Avrebbero dovuto giurarle il ponente e il rispondente; ma al giuramento non attribuivasi più quella santità dei tempi antichi; e perciò più coerentemente alcuni statuti avevan disposto che le posizioni si presentassero senza giurarle (3), aperte (4), che gli avvocati e i procuratori potessero, ad arbitrio del giudice, assistere le parti. Poi la casistica si sbizzarrì attorno alle risposte negative in modo sì fantastico (5) da togliere alle posizioni quel valore e significato assegnato loro nel procedimento romano-canonico (*probare per responsionem adversarii*).

Il processo si avviò a una trasformazione, cercando il suo fondamento nelle prove (*per testes et scripturas*): e allora non più risposte chieste all'avversario, ma *articuli* delle parti offerenti queste prove: l'attore *articolava* le sue pretese colle prove relative, il convenuto le controprove. Non si era più *ponens* ma *articulans*. Il che vuol dire che senza escludere le posizioni, per le

(1) P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, formula except. contra pos.

(2) MICALORIO, c. 33 e 66, dice: « I rustici dei nostri tempi non hanno bisogno di avvocato, tanto sono sagaci, e si deve temere di essere ingannati da essi, specie se abitino vicino a città.

(3) Stat. di Gubbio, 1685, II, 2; e vedi il commento che ne fa CONCIOLUS, *Ad Statuta Eugubii*; Decreta ducum Sabaudiae, Amedeo VIII, II, 134, pag. 49. La minaccia di pena a chi aveva presentato posizioni false mantenuta nelle leggi di Filiberto I, 1480, c. 7, di Filippo, 1497, c. 4, è abolita nei Nuovi Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 16, ove è fissata una pena per ogni posizione negata di cui il negante verisimilmente poteva aver notizia e che fosse provata, pena divisa fra fisco e parte: v. BURAGGI, *St. di Amedeo VIII*, 1423, Accad., tomo LVII, 54.

(4) Editto di Emanuele Filiberto, 1561; SOLA, pag. 462.

(5) HERCULANUS et MARTINUS DE FANO, *Tractatus de negativis*, 1578, e nei *Tract. un. iuris*, XIV, pag. 12.

Digitized by Google

quali si poteva ottenere la confessione, si indicavano le prove in appoggio dell'azione proposta in giudizio. E ciò spiega l'uso persistente di proporre in iscritto cumulativamente posizioni e articoli per mezzo del procuratore *per verbum credit vel non credit* oppure *per verbum ponit et dicit et probare intendit* (1). Però *articulans non fatetur* a differenza del ponente, tanto che nemmeno poteva invocare la confessione: ed a maggior ragione l'articolante non era tenuto a giurare (2).

Come un peso morto restarono nella legge e dottrina le antiche regole sulla posizione, dove questa fu conservata (3); e a Roma si continuava a discutere se giurare il falso nelle risposte dovesse andar punito, fino a qual punto la confessione pregiudicasse, ecc. (4) e le sottigliezze dei consulenti avevan distrutto ogni regola in proposito. Va notato che la Rota romana aveva introdotto il principio di non dare importanza alla confessione finta, cioè al silenzio (5).

Ma non erano mancati dottori, fra cui il Card. de Luca (6), che avevan rilevato l'inutilità delle posizioni e anzi i danni, servendo esse piuttosto a fomentar calunnie e prolungare i giudizi: dispute interminabili sorgevano per ciascuna, se accettabile, se capziosa, criminosa, coincidente, contraria, se di numero eccessiva, se già sia stato sufficientemente risposto, ecc. E per ognuna negata falsamente, dovevasi a ragione di legge procedere per spergiuro. Ma il giuramento sulle posizioni, come tutti i giuramenti giudiziali, era sì disprezzato, da tenerlo come vana formalità: e mentre gli antichi giuristi sostenevano che il falso giuramento commesso nelle posizioni o nelle risposte dovesse castigarsi con pena almeno straordinaria, la dottrina comune negava anche questo.

---

(1) Ed. di Em. Fil., cit.; Stat. di Roma, 1585, I, 59, 89; LUC. PARTUS, *Pract. capit.*, lib. II, c. 4; VESTRIUS, lib. V, c. 4.

(2) SCACCIA, lib. I, c. 70, n. 14. Anche per gli articoli gli Stat. della città di Roma del sec. XIV, lib. 1, c. 68, richiedevano il giuramento; ma la pratica l'aveva limitato ai casi in cui gli articoli stavano al posto delle posizioni.

(3) Si può dire che era in uso in tutti i tribunali: a Verona dall'*Ordine di procedere* di MICHELI p. II; a Perugia da LUDOVISUS *Decis. perusinae*, 1580 dec. 8; a Parma dalle Costit. Parmae et Placentiae 1619 rub. 10 ecc.

(4) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 10; SANFELICIS, *Praxis*, sect. 48.

(5) Rota rom., decis. del 1625 rifer. in FENZONIUS, *Ad Stat. Urbis Romae*, decis. 38-40; TUSCHIUS, *Concl.*, v. P.

(6) *De iudiciis*, disc. XXII, n. 12; XXXVII, n. 17.

Digitized by Google

Le *posizioni* conservarono integro il valore processuale in materia di stato delle persone, matrimonio, figliazione e parentela (1): ed era naturale, perchè mancando registri di stato civile si doveva ottenere col giuramento una risposta chiara, sì o no: ed era necessario avere un mezzo rapido per dare stabilità alle famiglie e colpire gli impudenti che non provavano le posizioni presentate (2).

17. Nell'Italia meridionale le posizioni erano state disciplinate da una Prammatica di Ferdinando I, intesa ad abbreviare i termini entro cui rispondere: credere o non credere: così che non occorresse provare quello che l'avversario avesse detto di credere, e si intendesse affermato quello a cui non si fosse risposto (3). Ma Carlo III constatando che l'abuso delle posizioni serviva solo a prolungare le liti ordinò che in ogni parte del giudizio potessero i litiganti offrire le posizioni, a cui rispondesse l'avversario se presente o il suo procuratore senza special mandato, e che frattanto non si ritardasse il giudizio (4). Nell'antico rito di Sicilia non trovarono posto, dandosi la preferenza agli articoli e agli interrogatori a cui accordavasi maggior latitudine, poichè in qualsiasi stadio della lite anche *post conclusum* la parte o il giudice potevano interrogare (5).

Il Piemonte le aveva accolte, e anzi si nota un progresso, perchè un Editto di Emanuele Filiberto del 1561 autorizzava il procuratore a presentarle in volgare (6). Ma il ponente doveva giurare di tenere le *poste* per vere, richiedendo all'avversario di rispondere personalmente sotto il simile giuramento: se questi

(1) Stat. di Feltre, 1749, III, 19; Cremona, 1578, c. 293; Casalmaggiore, 1592, pag. 148; Belluno, 1747, II, c. 36.

(2) Stat. di Lucca, 1539, I, 71; Bergamo, 1727, II, 29; Roma, 1580, I, 68; Fiume, 1530, II, 11.

(3) Velletri, 1477, ed. 1752, II, c. 6; Lugo, 1652, II, 64. Pragm. 8, de ordine iudic., an. 1477: l'una e l'altra parte presenti le posizioni *simplices et non captiosae factum et ius continentes* a cui entro 3 giorni rispondano: *credit* o *non credit*: e dopo possano produrre altre posizioni o articoli senza presenza dell'avvocato che sarà punito se avrà consigliato il falso. Vedi i comm. di Rovito, di Sorge, *Praxis civ.*, 1743, pag. 441; De Rosa, *Praxis*, 1793, II, pag. 68.

(4) Pragm. 18, § 1, n. 22, id., an. 1738.

(5) Ritus Curiae Sic., 61, 62; Cumia, *Comm. in Ritus Regni Sic.*, 1588, pag. 324, 326.

(6) Sola, *Comment. ad nova decreta*, pag. 424.

Digitized by Google

non faceva ciò, si avevano per confessate. Se l'attore le presentava senza giurarle, il giudice non le doveva ammettere nè l'avversario era tenuto a rispondere. « Delle posizioni non si darà copia alla parte quando contengano il suo fatto proprio perchè in queste non ha bisogno di essere instrutta, ma si teneranno secrete insino a che non sia presente et apparecchiata a rispondere. E quando risponde non sia presente alcun avvocato » (1). Anche nelle Costit. del 1770 (lib. III, tit. 15) il ponente doveva giurare.

Col loro antico nome e significato le posizioni figurano nelle codificazioni del sec. XVIII dell'alta Italia, salvo che nel Veneto, dove adoperasi la parola *capitoli* e interrogazioni, e voler *capitular* è detta la presentazione delle domande alla controparte (2). Come si è ora detto, parlano delle posizioni le Costituzioni piemontesi del 1770 (III, 15), e il Codice di Carlo Felice per la Sardegna (1217-1223) disponeva che alle posizioni presentate dall'attore, la parte rispondesse in persona, oralmente in modo preciso, senza esitazioni, dubbi, sotto pena, ecc.: che il silenzio venisse considerato, ammessione e confessione, però senza accompagnare le risposte col giuramento. Questo volevano le Costit. estensi del 1771, per le quali attore e reo potevano produrre una o più mute di posizioni in qualunque parte del giudizio, e ciò per mezzo di pròcuratore munito di mandato *ad ponendum et respondendum*: il loro contenuto si aveva per confessato dal ponente: al giudice incombeva riconoscere quali da ammettersi. Le risposte dovevano essere date previo giuramento, nè potevano essere ritrattate: in alcuni casi era tollerata la risposta: *non recordatur*. I rustici, gli idioti, le donne e le altre persone che non potevano contrattare senza solennità, rispondevano coll'assistenza e consiglio del procuratore che giurava di rettamente consigliare il cliente.

Il Regol. toscano del 1814, il pontificio del 1834 e il Cod. parmense, due Sicilie, ecc., anche se parlano di posizioni, ormai avevano disciplinato la materia sulle norme francesi degli interrogatori. Il pontificio voleva ancor giurate le risposte, che per gli altri codici avevano significato di confessione giudiziale.

---

(1) SOLA, id.,; AB ECCLESIA, *Observationes*, 69, 87; RICHERI, *Iurispr.*, vol. XII, § 643.

(2) Correzioni di M. A. TREVISAN, 1553, nel *Volumen statut.*, pag. 193; ARGELATO, *Practica veneta*, pag. 71.

Digitized by Google

§ 6. *Gli atti processuali.*

18. Il dramma giudiziario è avviato: ora devonsi proporre le prove, il che si compie con speciale atto di pubblicazione, di origine canonica e poi disciplinato dalle leggi (Ritus, 72). Tutti gli atti procedurali avvengono colla formalità della *publicatio*, detta a Napoli *facultas ad dicendum*, non necessaria nelle sommarie, cioè per mezzo di comunicazioni scritte di ciò che la parte intende fare. Vuol provare? l'annunzia e chiede termini alla presentazione dei testi; il che darà luogo alla ripulsa e alla ripulsa della ripulsa, con intermezzi incidentali, con liti inserentisi nella principale, con sentenze interlocutorie, preparatorie, decreti, ecc. Rinunzia alla prova? Allora il giudice emetterà lo *scribatur publicatio in actis et detur tempus ad recipiendam copiam processus.* Tali atti compivansi attraverso l'attuario o notaro; e tra gli uni e gli altri decorreva tempo. Replicatamente i principi del Piemonte e di Napoli avevan cercato semplificare tutto ciò e abbreviare i termini: ma senza raggiunger l'intento. Vi tornò sopra la Pramm. napol. 1738 (§ 1, n. 28). Il male aveva radici profonde in malefiche abitudini curialesche: *parum observatur*, confessa un pratico del 1740 (Sorge): *non solum dantur tres dies sed tres menses, sed aliquando tres anni, interdum tria lustra.* L'abuso delle scritture, per metonimia chiamate *ad dicendum*, era grande, nè contrariato dai giudici, riceventi sportule per ogni atto. Se ne riempivano sacchi, su cui facevasi la notazione *et hic est...* la causa di Tizio (e i francesi ne trassero la parola etichetta): poi il giudice, se non le parti, si destava e ordinava l'atto *ad concludendum*, cioè la *publicatio* dei punti da servire pel relatore. Le scritture di cui qui si parla chiamavansi allegazioni.

19. Cominciavasi a rispondere alle posizioni con *disputationes* e *allegationes*. Scriveva Pillio: *insurgunt vicissim causarum patroni qui gloriosae vocis confisi maxime lapsa erigunt, fatigata reparant, ambigua dirimunt.* I fatti e le prove erano discussi e vagliati: prima in iscritto, poi a voce, davanti al giudice che deve ascoltare con pazienza e non imporre silenzio; che deve, come dice Durante, supplire a quello che dalle parti o dagli avvocati fosse omesso o male riferito, cacciando gli scomunicati, gli infami e i militi dall'ufficio di difensori, richiamando gli avvocati che citassero leggi inesistenti o che falsassero l'interpretazione. Da parte

Digitized by Google

loro gli avvocati nel discutere devono astenersi dall'illustrare gli articoli e le leggi chiare, *quia scio nos gestare iura in scrinio pectoris vestri, idcirco ea coram vobis allegare omitto. Supplico tamen ut ea et caetera omissa suppleat discretio iudicantis*: possono affermare la certezza della vittoria: quindi sempre parlare *vultu ilari* e con modi garbati chiedere sentenza favorevole, con condanna nelle spese, onorari, palmari, ecc. Poi il detto a voce veniva messo in iscritto *ut plenius iudices deliberare valeant quia non possunt de omnibus recordari* (Pillius, III, 15; Durantis, II, 2, de disput. et allegat.).

Anche delle orazioni degli avvocati facevasi sunto nei protocolli, redatti dai notai o mastridatti, ma in Toscana anche dagli stessi giudici (1): cosicchè allegazioni e difese orali divenivano elementi della lite, oltre ai quali il giudice non poteva andare perchè *quod non est in actis non est in mundo*. Egli doveva stare agli *allegata*, e tali erano le scritture degli avvocati che spiegavano i fatti e invocavano le leggi e i responsi dei dottori: non poteva supplire *in contentiosis*: però Baldo contro coloro che sostenevano essere lecito resistere al giudice che opera oltre il suo stretto officio (2), sofisticando sulla parola *supplere*, proponeva diversa tesi: essergli vietato supplire nel fatto, ma non in ciò che è consono alle leggi, che è radicato alla lite, ed elenca otto casi in cui può supplire *ea quae desunt advocatis* (3). La tendenza di Baldo sarebbe di allargare i poteri del giudice che *debet iudicare secundum conscientiam*: ma altrove insiste che *tenetur stare actis* (4). E questa era la dottrina accettata: stare agli atti: ecco perchè anche le cose dette a voce, cioè le orazioni degli avvocati, *redigenda sunt in scriptis per notarium* (5).

Non mancano precetti sul modo di comporre le allegazioni, che siano brevi, compendiose, ecc., senza false o accomodate citazioni di leggi: di queste bastava citare il principio. La Glossa vie-

---

(1) ROLANDINUS DE PASSEGERIIS, *Ars notariae*, Ven., 1546, § forma allegat., pag. 161; ASINIUS, *Praxis*, c. 8 e 9; PEREGRINUS, *Praxis*, lib. II, sect. 27.

(2) BALDUS, l. cum non solum, § necessitate, Cod. de bon. quae liberis, vol. VII, pag. 203; l. filius. Dig. de petit. hered., I, 207.

(3) Id., l. un., Dig. ut quae desunt advoc., vol. V, pag. 133; si quis. Dig. de iniust. rupt. testam., III, pag. 22.

(4) Id., l. sed et si, § paterfam., Dig. de iudic., I, pag. 262.

(5) Id., l. inter eos, Dig. quibus ex causis maior, II, pag. 242.

Digitized by Google

tava allegare *iura vulgaria*: ma già Durante si poneva il quesito se potevansi presentare in volgare: e l'antico procedurista tratta largamente delle allegazioni nel foro civile ed ecclesiastico. Dopo di lui l'argomento viene relegato fra i doveri dell'avvocato, che dovrebbe solo difendere cause buone, consigliar rettamente la parte, allegare ragioni solide, attenersi all'opinione probabile, parlare con molto rispetto e modestia ai giudici, che possono privarlo della parola se arrogante, tumultuoso, cavilloso e perfino troppo verboso (1).

Finchè dominò nei tribunali la lingua latina, l'eloquenza forense non ebbe modo di assurgere a qualche importanza. Tutti gli atti e le allegazioni, come i consigli dei sapienti erano scritti in latino, infarciti di citazioni, e l'abilità del difensore si mostrava nel confondere il giudicante col numero delle autorità invocate. Tuttavia Baldo ci presenta l'avvocato oratore — *advocati dicuntur oratores* — e oratore è *vir dicendi peritus cum venustate verborum et pondere sententiarum* (2). Altrove dice che le dispute nel foro sono necessarie (l. 2, Dig. de orig. iuris), senza però trascendere a contumelie (l. quisque, Cod. de postul.), ed insegna anche l'ordine del discorso: prima esporre il fatto e le ragioni, poi richiamarsi alle leggi (l. Nerennius, Dig. de negot. gest.). Che avvocati e parti davanti ai magistrati non tenessero sempre corretto contegno, abbastanza risulta dalla seguente disposizione dello Stat. di Ferrara del 1556 (I, 13): il podestà abbia giurisdizione *ex mero et libero arbitrio multandi omnes et singulos in iudicio coram ipso pro tribunali sedente turpiter et verbis convitiose loquentes aut etiam se percutientes ac ipso incarcerari facendi.*

Anche quando l'italiano fu ammesso nelle aule giudiziarie, e ciò nel sec. XVII, e queste risuonarono di discussioni, non cessò l'uso delle allegazioni scritte. Quindi l'eloquio facondo fu pregiato e invocato dalle parti per dar risalto alle ragioni largamente svolte nelle memorie, specialmente a Napoli e in parte a Venezia. Il foro napoletano fu specialmente sotto gli Spagnoli fa-

---

(1) Oltre le op. di Caccialupi, Ala, ecc., vi è un *Tract. de recta patrocinandi ratione* di MAGONZIO, Ticini, 1609. Vedi anche per Napoli, PETRA, *Comm. in Ritus M. C.*, 101; per Sicilia, MUTA, *Consuet. Panormi*, c. 68; pel Piemonte, SOLA,

(2) Lectura in l. omnes, Cod. de episc. et clericis, vol. V, pag. 47; l. nam. Dig. de legib., vol. I, pag. 17.

Digitized by Google

moso per avvocati dalla parola abbondante e risonante; si accorreva ad ascoltare le loro arringhe, come le prediche nelle chiese; più fortunate le prediche, chè alcune sono sopravvissute agli autori, mentre le orazioni forensi si spensero nelle aule stesse giudiziarie. Si ricordano i successi di Francesco di Andrea, che suscitò l'ammirazione dei suoi contemporanei, ed egli ci ha trasmesso i nomi di altri avvocati che dalla parola trassero fama e ricchezze (1).

Trassero ricchezze per sè e titoli e onori alle loro famiglie che così molte entrarono nei ranghi della nobiltà; ma nessun vantaggio nè morale nè politico ne ebbero i popoli in mezzo ai quali si perdette il suono della loro eloquenza: e Napoli nel suo infelice passato ne può far fede, malgrado la legione dei suoi avvocati eternati nei marmi. *Verba volant*: e le più smaglianti orazioni nè servono alla giustizia nè accrescono d'un millimetro l'educazione e il benessere d'un paese.

20. Finalmente gli atti processuali delle parti sono finiti ed è chiesto da un contendente il *conclusum*, la *conclusio in causa*, atto formale che significa divieto di presentare ulteriori prove e allegazioni, e invocazione di sentenza: ma ecco, mentre sta per avvenire la *missio scripturarum vel processus ad iudicem* (v. capitolo XIII), la controparte presenta una *declaratoria*, protestando avere altre prove *per evidentiam rei* e possedere carte prima irreperibili. Il processo si riapre: nuovi termini vengono accordati *ad impugnandum*: si fa ripulsa di testi, a cui si riponde colla ripulsa della ripulsa. Oppure l'attore deduce domande non contenute nel libello e si hanno nuovi termini *ad concomitandum*. E dopo tali dilazioni il convenuto, se minorenne o persona privilegiata, può invocare il *primo benefizio* di 30 giorni, e poi il *secondo* di altrettanti. Va infine ricordata la frode di far apporre dal giudice sugli atti la lettera *P* (*pendet*) a insaputa dell'avversario « che procede *ad ulteriora*... e quando poi si viene a sentenziare quello che ha fatto mettere la *P* vedendo che la cosa viene terminanda contro esso dice tutti atti e termini nulli per la pendentia, ecc. » (2). Da ciò l'ordine che anche la *P* fosse preceduta da citazione o pubblicazione che volevasi per tutti gli atti, ma che dilazionava la liti all'infinito. Si minacciavano pene e multe per quelli che così agivano per malizia; ma gli stessi proceduristi

(1) CORTESE, *Ammonim. ai nipoti*, citato a pag. 226.
(2) Pramm. sicil., tit. LIII, 2, an. 1531, vol. II, pag. 467.

Digitized by Google

confessano che non si applicavano (1). Si dovè arrivare agli ultimi decenni del sec. XVIII per trovare vietati alcuni di questi atti per la parte esteriore (Pramm. napol., 1730); ma queste timide e impacciate riforme apportarono scarso concorso per attuare una procedura rapida e logica.

21. In uso in tutti i tribunali di Italia erano le informazioni a voce al giudice relatore e le discussioni in camera di consiglio ammesse anche in talune leggi del sec. XVIII (2). Ma anche, dopo udite in privato le parti, il giudice nella sala delle udienze doveva solennemente chiedere se altro avevano da aggiungere. A questo punto era in sua facoltà troncare le discussioni che avessero sentore di malizia, respingere dilazioni chieste, eccezioni di ogni natura, riservando solo alle parti di esibire documenti già prima enunziati e di esaminare testi i cui nomi erano già noti alla controparte. Poi faceva il riepilogo, secondo gli antichi, *ieiuno stomacho, post somnum, sermone modesto et vultu laeto*, nelle ore consuete e mai di notte. Più tardi il riepilogo fu abbandonato sostituendovi la pubblicazione degli atti. Ma anche questa fu pessima novità, perchè essa che doveva solo servire a informare le parti, fu invece argomento a tentativi di riaprire la lite. Al che cercò rimediare la Pramm. napolet. di Carlo III del 1738, vietando qualsiasi disputa o nuova allegazione e disponendo che gli atti fossero tutti raccolti dal cancelliere e consegnati al giudice per l'esame collegiale e la sentenza. In modo non diverso stabilivano la chiusura della lite le Costit. piemont. del 1770, e anche più spiccia era la pratica veneta che continuava un'antica tradizione delle sue curie (3): il giudice allo scoccar dei termini, in pubblica seduta, raccolte le carte, diceva ai contendenti: *estote varenti*, ripeteva il *praeceptum*, rileggeva l'atto introduttivo della lite, ne riassumeva lo svolgimento e si ritirava col collegio per pronunziare la sentenza.

---

(1) Intorno a questi atti v. CARAVITA, nei comm. ai Riti napol.; e le pratiche di Ridolfini, Vestrio per Roma; Sabelli per la Toscana; Sorge, De Rosa per Napoli; e pel Piemonte Della Chiesa e Sola.

(2) La Pramm. siciliana stabiliva il giovedì per udire gli avvocati de offic. iudic., 14, vol. I, pag. 25.

(3) BERTALDUS, *Splendor consuet. venet.*, pag. 9.

Digitized by Google

CAPO VII.

La cognizione sommaria

LATTES, *Diritto commerciale nella legislazione statutaria*; *Studi di diritto statutario*: I, *Procedimento sommario*, 1886; *Diritto consuetudinario delle città lombarde*, 1899, § 22; BAYER, *Theorie des summarischen Processe*, 1859; ID., *Geschichte der executiv Prozesses*, 1839, I, *Ueber executorische und executiv-Prozess*; BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, 1859; BRUNS, *Das altere Besitz und das Possessorium ordinarium*, nei *Jahrbücher des gemeinen deutsch. Rechts* di MUTHER e BEKKER, IV; WACH, *Arrestprozess im geschichtl. Entwiclung*, 1868-19; KOHLER, *Beiträge zum Civilprozess*, 1894, pag. 455 e segg.

1. Dall'esposizione precedente risulta che il procedimento civile e criminale nella prima epoca comunale era semplice ed abbreviato: pochi giorni per le citazioni pur rinnovate a brevi intervalli, formulazione concisa della materia in contestazione, molto concesso all'oralità, molto lasciato al giudice per eliminare le citazioni *sine causa* (1), le eccezioni cavillose e infondate, ma molto impostogli per finire in brevissimi termini la lite e sentenziare. Così le leggi, e certo così voleva la procedura milanese e la toscana. Le Costit. milanesi del 1216, che riproducono l'antico diritto procedurale, mettono in rilievo che gli atti si svolgono *voluntate consulis*, che il contumace è posto, alla prima domenica seguente alla citazione, *in concione in blasmo*, che sia *in arbitrio consulis* richiedere il *libellus conventionis qui continet causam certam* per le liti inferiori a 5 sol., nelle quali quando *nihil in personam actoris obiectum fuerit*, sia discussa la causa, senza giuramento di ca-

(1) Statuti dei laghi di Como e di Lugano, sec. XIV, 1913, c. 118: chi cita senza causa è punito con multa al fisco oltre i danni al convenuto.

Digitized by Google

lunnia, lasciando *arbitrio consulis* di ammettere testi e di concedere non più di tre dilazioni per questo fine: *tempus brevius vel productius... iudex moderatur* e sentenzi anche *sine scriptis* (c. 1-2).

Esempi di questa procedura sommaria si hanno nei placiti del sec. XII e XIII [1], e specialmente in quella *per clamorem* a Venezia, nella quale bastava una sola citazione. Il *clamor* verificavasi in non pochi casi, come per denunzia di nuova opera, nel caso di vendita di immobili contro il diritto dei parenti ad essere preferiti, ecc. [2]. Ma la pratica forense aveva insinuato in questa tessitura popolare tanti altri fili di provenienza scientifica e sopra vi aveva ricamato i più ricchi e complicati disegni che le scuole di diritto romano mettevano a disposizione degli avvocati, in modo che la semplicità e rapidità nei processi erano svanite: un formalismo pesante, passato dal foro ecclesiastico al secolare e richiesto in quasi tutti gli atti, non che la prevalenza ormai ottenuta dalla scrittura sulla trattazione orale avevano finito per rendere i processi eterni e i tribunali un pericoloso labirinto. Veramente si può dubitare se anche la procedura milanese malgrado il tanto arbitrio lasciato al giudice raggiungesse quella rapidità desiderata *propter nimiam causarum frequentiam et inutilitatem earum* (c. 3). La legge attesta che si eran dovuti mitigare gli effetti del *blasmo*: la pena era troppo severa e i litiganti violavano facilmente i cancelli posti alle dilazioni. Occorreva una riforma radicale, cioè un ritorno a un procedimento *sine figura iudicii*, il quale oltre a dare al giudice iniziative e vero arbitrio, sgombrasse il rito di quanto dipendesse da formalismo o da lavorio fraudolento, maneggiato per nascondere la verità e la buona fede.

Gli Statuti del sec. XIII che riportano disposizioni già da tempo prese ed entrate nell'uso, mostrano che non si era esitato nel provvedere: anzitutto guerra alle eccezioni presentate dolosamente per straccare l'avversario: per es. si dichiara perdente chi in mala fede nega la competenza, invoca privilegi insussistenti, promette presentare testimoni e carte che non ha, ecc.: in tutti

---

(1) an. 1196, a Mortara; FICKER, IV, n. 192; an. 1149, 1150, a Milano; FRISI, *Mem. storiche di Monza*, n. 57, 58; an. 1201, ASTEGIANO, *Cod. dipl. cremonese*, n. 135.

(2) Stat. di E. Dandolo, an. 1194, c. 13, 53; ROBERTI, I, 258, 271, 276; BESTA, *Stat. civ. di Ven.*, 1901, p. 36; PITZORNO, id. di *E. Dandolo*, 1913.

Digitized by Google

i casi in cui il giudice, all'inizio della lite o nel corso di essa riconosce la mala fede del contendente, deve interrompere e sentenziare prima dei termini (1). *Summatim et breviter* si deve procedere, quindi eliminare le formalità inutili, vietare gli appelli alle interlocutorie, *excludere* i motivi infondati e risolvere presto con sentenze definitive (2). In quest'intendimento sono quegli statuti che riconoscono al comparente, nel caso di contumacia del convenuto, di far discutere la causa prima della *litis contest.* sempre allo scopo di risolvere con celerità le controversie, e ciò malgrado che il significato della *litis cont.* ne riuscisse svisato, riducendola a un atto puramente formale. Fatta la citazione davasi un termine *ad respondendum et excipiendum*, diverso secondo il valore della lite, con facoltà al giudice di concedere brevi proroghe, di omettere i giuramenti di calunnia e di arrivare senz'altro alle prove riunendo nello stesso momento prove e *positiones* (3).

Anzi alcune leggi erano andate più oltre: non parliamo di una di Federico II (I, 76) che ordinava di procedersi *summaria cognitione praemissa* contro i *gabelloti, foresterii et platearii* imputati di rapine e di ingiuste esazioni, perchè riguarda il procedimento penale. Andrea d'Isernia la chiamò *multum vilis*, altri la dissero *multum dura*: ma non ebbe influenza nelle cause civili. Invece per restare al sec. XIII notiamo gli Statuti di Pistoia del 1296, che avevano accolto un processo da espletarsi *summatim, extra ordinem, sine petitione in scriptis* per alcuni casi determinati (4), quelli di Pisa del 1275, 1281 (5), di Padova del 1236 (6), che prescriveva di procedere *summarie* nelle controversie fra proprietari finitimi per la chiusura dei fondi e per le distanze delle piantagioni, quello di Parma del 1255 (II, 10), di Verona del

(1) Stat. di Como, 1281, c. 19; San Marino, sec. XIII, c. 53.

(2) Stat. di Pistoia, 1296, ed. ZDEK., III, 120; Consuet. mediol., c. 3; Stat. di Parma, 1255, II, 5; Costit. di Siena, 1262, 9, 86; Stat. di Pietro II di Savoia, c. 3, de except. dilat. non admittendis, ed. NANI, *Stat. di Pietro II*, Accad. Torino, XXXIII.

(3) Stat. di Ravenna, 1210, II, 14 (nessun libello nelle cause di 20 sol.); Vercelli, 1242, rub. 124, pag. 150; Vicenza, 1264, pag. 97; Como, 1281, rub. 199, *de hoc summarie cognoscatur sine datione libelli*; Roma, ed. RE, IV, 15.

(4) I, 2; II, 3, 13, 14; IV, 75; Tractatus iudicis, r. 88, ed. ZDEK., pag. 183.

(5) Const. legis, ed. BONAINI, 655, 765, 799; Constit. usus, 852; Breve Com., 1281, I, 48, 54, 99, ecc.

(6) Statutum vetus conditum ante 1239.

Digitized by Google

sec. XIII, che accordavano un rito sommario per la esecuzione parata degli istrumenti firmati da tre testimoni (1). Poi importante è la clausola inserita in molti trattati stipulati fra città italiane con cui si conveniva di procedere *summarie et de plano* nelle reciproche controversie: si doveva far giustizia ai mercanti della città amica *sine ulla dilatione prorogatione et subterfugio...: extra ordinem cognoscere, ...cum cognitione summaria absque porrectione libelli et aliis induciis* (2). Lo Statuto di Modena, che riproduce norme del sec. XIII (II, 14), ordinava che quando persone ecclesiastiche facevano *vim laicis*, questi si potessero difendere *offitio iudicum misericordii sine libello et citatione et strepitu aliquo vel ordine vel solempnitate iuditiorum.* A Trento (sec. XII-XIV, c. 32, 33) le cause di debiti risultanti da pubblico strumento erano presentate *sine libello* ed eran trattate *summarie, de plano,* ecc. nei giorni feriali e non feriali: e lo stesso valeva per le cause inferiori a 20 soldi risultanti da carta firmata dal debitore, e per le liti relative a pensioni, fitti, decime. E ai pubblici strumenti siffatta procedura riconoscevano generalmente gli statuti fin dal XIII secolo (3); non che le cause possessorie e le contumaciali godevano di una procedura *extra ordinem* (4).

Poi sempre le curie mercantili avevano ignorato le formalità e lungaggini del procedimento civile tendendo anzitutto a dare ai soci buona e rapida giustizia (Lattes, op. cit.). Dunque al sec. XIII si intendeva nei liberi Comuni italiani introdurre un processo più semplice e rapido, libero da tutte quelle formalità che i dottori laureati nelle scuole di diritto romano volevano fossero osservate

---

(1) Ed. 1728, II, pag. 113.

(2) an. 1193, 1207, 1227, ecc.; MURATORI, IV, 263, 378, 420, 441 e segg.; Stat. di Pisa, 1164, BONAINI, I, 415; di Aosta, 1188, in *Mon. h. patr. Leges*, 37; Trattato fra Chieri e Asti, 1260, in CIBRARIO, *Storia di Chieri*, II, 118; fra Padova e Treviso, 1266, Stat. di Padova, ed. GLORIA, 421; fra Orvieto e Perugia, 1269, in FUMI, *Cod. dipl. di Orvieto*, 296, ecc.; v. WACH, pag. 39: SCHMIDT R., *Die Klaganderung*, 1888, pag. 73, 121; LATTES, pag. 6.

(3) Liber iuris civilis urbis Veronae (sec. XIII), ed. CAMPAGNOLA, 1728, pag. 113; Statuti della città di Riva (1274-1700), Trento, 1861, cap. 10.

(4) Si noti, per es., che lo Stat. di Novara, 1277, rub. 62, ordinava: *omnes causae civiles diffiniantur infra duos menses... et fiant summarie absque lit. cont. at alia iuris sollempnitate in processu iudicii observata.* Lo Stat. di Ferrara, c. 15, per le cause sotto 20 lib., dice si proceda *ex mero et libero arbitrio iudicantis sola facti veritate inspecta et sine scriptura.* Così Firenze, II, 15. Così Padova, 1236, II, 1; Ravenna, 1210, II, 15.

Digitized by Google

nella trattazione delle cause. Essi avevano già trovato la parola con cui designare tale processo: *straordinario, sommario,* e diciamo subito non senza l'aperta contrarietà di quei dottori, che serrati nelle strettoie dei testi davano al *summatim cognoscere* interpretazione restrittiva (1).

Infatti Tancredo (I, § 4) scriveva: *sententia lata ordine iudiciario praetermisso et non servato ipso iure non valet*: e l'ordine consisteva nella *lit. cont.*, nell'aver udito le confessioni e le allegazioni, nell'aver tutto bene investigato, *in die non feriato et ante crepusculum noctis*: e per eccezione alle formalità potevasi rinunziare in caso di contumacia, nelle elezioni di prelato, nelle cause matrimoniali, nel procedimento inquisitorio penale, nelle cause spirituali e *ubicumque aliquid expeditur iudicis officio* (2). Anche Azone vi includeva alcuni casi desunti *ex carboniano edicto* nei quali *semiplena vel summaria fit cognitio* (3). Pillio solo nel caso di contumacia del convenuto, e nel caso che l'attore sia persona onesta e la somma modica, e vi sia violenza, dopo che l'attore ha giurato, tollera che si possa condannare *negotio summatim examinato*: e così Ugolino (4). Un processo *summatim* non era ignoto al diritto romano (l. 5, § 89, Dig., XXV, 3) per le cause alimentarie, di stato, per gli onorari dei medici, avvocati, maestri; ma questa *extraordinaria cognitio* doveva, secondo i glossatori, essere contenuta nei limiti assegnati dal diritto romano stesso, perchè vi erano formalità da non permettersi: e la maggior concessione loro consisteva nel dire che vi eran casi in cui bastava una *semiplena* o *levis probatio*, per es. il giuramento dell'attore (5).

2. La procedura voluta dalla legislazione municipale avrebbe fatto pochi progressi, se incontro ad essa non fosse venuta, con moto parallelo, la legislazione pontificia, che fino dal sec. XII aveva cercato eliminare dal foro ecclesiastico le formalità superflue e metter fine a molti abusi commessi a danno della giu-

(1) Pel dir. romano v. BIONDI, *Summatim cognoscere* nel *Boll. ist. D. R.*, 1920.

(2) TANCREDUS, III, tit. 2, § 2: per udire testi occorre contest. di lite e giur. di cal. *Et ita observatur de consuetudine in civit. bononiensi.*

(3) *Summa Codicis*, de iudic., III, 1, n. 19, ed. Ven., 1584, pag. 161. Cfr. Gloss. ad l. iudices, 9, Cod. id.

(4) PILLIUS, III, § 18, pag. 84; HUGOLINUS, *Dissensiones domin.*, § 108, pag. 341.

(5) AZO, *Summa* ad tit. Cod. ad exhibendum, pag. 256; ODOFREDUS, id.; PILLIUS, III, 18, n. 20; TANCREDUS, III, 2, § 2.

Digitized by Google

stizia. Fu per merito dei papi che si spezzò l'ostilità delle scuole, e fu schiusa la via all'ingresso di un procedimento che si disse *planario* o *sommario*, il primo nome più proprio delle fonti canoniche, il secondo delle civili, ma poi detto solo sommario. La Chiesa aveva dopo il mille una larga proprietà, donde liti per confini, possedimenti, ma ogni vescovo era coinvolto in liti per confini di diocesi e parrocchie, per decime, per conferimenti di beneficii, ecc. Interessava alla disciplina che fossero risolte *simpliciter et de plano, sine figura iudicii, absque iudiciorum strepitu.*

Le prime traccie sono in una Decretale di Alessandro III del 1160, in cui ordinava che si investigasse *simpliciter et pure* il fatto (c. 6, II, 11). Poi Innocenzo III nel 1204 e 1212 in altre occasioni adoperava la parola *de plano* in antitesi a quella *pro tribunali* (c. 13, id.; c. 27, IV, 1) e Onorio III nel 1220 parlava di un procedimento *absque strepitu* (c. 8, III, 35). Gregorio IX nel 1236 voleva che certa questione si risolvesse *de plano et absque iudiciorum strepitu* (c. 26, V, 1); e infine Bonifacio VIII nel 1294 e 1303 voleva che *in inquisitionis haereticae pravitatis negotio procedi possit simpliciter et de plano et absque advocatorum ac iudiciorum strepitu et figura* (c. 20, in VI, V, 2; c. 43, id., I, 6).

Va osservata l'espressione usata dalle leggi pontificie: *de plano*, bonariamente, in opposizione alla procedura giudiziaria, *pro tribunali.* I papi volevano creare un nuovo giudizio, il *planario*, con carattere più arbitrale che contenzioso, e quindi nemmeno nel senso che ebbe posteriormente per opera della legislazione statutaria che assimilò il planario canonico col procedimento *sommario.* Il primo doveva svolgersi fuori dai tribunali *sine strepitu iudicii*: il secondo, lo statutario, tendeva ad eliminare le lungaggini, formalità e spese inerenti al processo ordinario, ma in giudizio.

Ma anche nel foro ecclesiastico il *planario* non mantenne il carattere che era nella mente dei papi, e i proceduristi tutti, senza eccezione di appartenenti all'uno o all'altro foro, dettarono regole che si dovevano applicare indistintamente, in modo che non vi fu che un processo di contro all'ordinario, e fu il *sommario*, nel quale nessuna formalità era di rigore, salvo quanto serviva a scoprire la verità: quindi abbandono del libello e della *lit. cont.*, rigetto delle eccezioni dilatorie e declinatorie di foro, di quelle per suspicione, limitazione delle prove, audizione di testi anche senza la presenza della controparte, pronuncia di sentenza *sine scriptis et sine libello*, ecc. Ma queste innovazioni avevano susci-

Digitized by Google

tato dispute fra i dottori, tanto era il loro discostarsi dal diritto romano e dalla pratica ordinaria; e a porre fine ai dubbi venne Clemente V con una decretale del 1306, la così detta Clementina *Saepe* (c. 2, Clem., V, 11), a cui seguì altra decretale del 1311, la Clementina *Dispendiosam* (c. 2, Clem., II, 11).

Nella prima è detto: *Saepe contingit quod causas committimus simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii: de quorum significatione verborum a multis contenditur... Sancimus ut iudex... libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore feriarum procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superfluam multitudinem refrenando.* La decretale continua dicendo che si debbano ammettere la citazione, il giuramento di calunnia, le posizioni che possono portare alla confessione e a prove chiare, ma concedendo termini brevi e definitivi: riconosce utili gli interrogatori. Colla decretale *Dispendiosam* il detto papa estendeva questo procedimento sommario anche alle cause in appello.

3. La decretale *Saepe* esercitò un'influenza straordinaria e decisiva in quanto divenne il fondamento del processo sommario nei tribunali laici e fu subito accolta dalla legislazione italiana, che vi trovò la norma e il modello su cui riformare il suo *ordo iudiciarius* solenne e formale (1). Lo stesso intendimento di semplificare le procedure appariva quasi contemporaneamente in una legge di Enrico VII del 1313 contro i vassalli ribelli: *Quomodo in laesae maiestatis crimina procedatur. Ad reprimendum multorum facinora... possit procedi per accusationem, inquisitionem seu denunciationem summarie et de plano sine strepitu et figura iudicii,* procedendo a definitiva sentenza non ostante qualunque altra legge e consuetudine (2).

Se si confronta l'*ordo solemnis* col sommario si deve riconoscere

(1) Citiamo gli statuti del sec. XIV: Perugia, 1342, ed. Azzi, II, 25; Roma, ed. Re, I, 10, 88; Carpi, 1353, ed. 1857, pag. 7; Mirandola, 1386, ed. Modena, 1885, III, pag. 50. Quelli a stampa del sec. XVI riproducono un istituto già da tempo introdotto: Reggio, 1582, II, 8; Milano, 1588, I, 47; Cesena, 1589, I, f. 4; Bologna, 1389, ed. 1566, II, 41. Oltre Belluno, 1557, II, 64; Ferrara, 1624, II, 35; Fermo, III, 6.

(2) Fu accolta come *Novella const. extravag.* nel Cod. e commentata da Bartolo (vedi nota 6 a pag. 334).

Digitized by Google

che questo doveva rappresentare un notevole progresso. Niente *libelli oblatio*, non necessaria *ubi de plano et sine strepitu et figura iudicii agitur* (1) — niente *litis cont.*, quindi facoltà di udire testi appena presentata la citazione — nessun riguardo alle tante feste e ferie durante le quali non facevansi atti giudiziari — soppressione di tutti i termini *ad dicendum, ad libellandum, ad litem contestandam, ad ponendum, ad respondendum positionibus*, ecc. (2). Il giudice doveva sentenziare *sola veritate facti inspecta*, trascurando le *substantialia a iure civili inducta*. Che i commentatori abbiano tosto fatto buon viso al sommario, non si può affermare. Baldo lo chiama *dimidia cognitio* (3) e vorrebbe applicarlo solo per diminuire i differimenti, ma senza alterare la facoltà delle prove e delle dispute (4). La parola *summarie* usata negli Statuti, egli dice, non ha importanza nelle piccole cause, ma nelle gravi e irreparabili va intesa solo *quoad ordinem iudiciorum*, non per le prove; quindi non si deve sentenziare su prove semipiene o sul giuramento (5). Invece Bartolo favorì il nuovo processo e compose un commento originale sulla Costituzione di Enrico VII, commento che ebbe molta riputazione nelle scuole e nei tribunali (6).

4. Nel corso del secolo XIV vi è una reazione delle leggi municipali contro quello che Bartolo chiamava il processo *alto*, cioè l'ordinario, e in favore quindi del sommario, che si vorrebbe estendere a tutte le cause. Coll'appoggio del diritto canonico, sembrava facile la vittoria. La formola delle leggi non poteva essere più chiara: *summarie*, cioè riduzione dei termini; *de plano*, facoltà di ascoltare le lamentele in qualunque giorno e di sentenziare di giorno o di notte; *sine strepitu*, limitazione dei testi ed esclusione di procuratori e avvocati; *sine figura iudicii*, soppressione delle formalità. Tutto dunque doveva svolgersi *sine plica*, dice Bartolo; ma invece l'arte forense non tardò a insinuarvisi

(1) DURANTIS, IV, de libell. concept., § 9, n. 1; de teste, § 2, n. 1.

(2) PILLIUS, III, 9; TANCREDUS, III, 9; GRATIA, II, 6.

(3) BALDUS, in l. thesaurus, Dig. ad exhibend., vol. I, pag. 327.

(4) Id., l. 1, Dig. de praet. stipul.; l. 2, Cod. quando fiscus, vol. IV, 40; VI, 26.

(5) Id., l. 1, Dig. ad exhib., vol. I, 326.

(6) JOANNIS FAXIOLI et BARTOLI DE SAXOFERRATO, *De summaria cognitione*, ed. BRIEGLER, Erlangen, 1843. Il primo commento è tratto da DURANTE, I, de offic. omnium iudic., § 7; IV, 1, de lib. conc.; il secondo è nelle *Lecturae* di BARTOLO, gl. ad Henrici VII extrav. ad reprimendum.

Digitized by Google

e ad alterarlo a tal punto che il processo sommario ben poco si scostò dall'ordinario.

Notiamo intanto come non sia mancata la provvida iniziativa dei legislatori italiani nell'accogliere il sommario e nell'allargare il cerchio delle cause che dovevano essere trattate a rito accelerato.

Vi furono città che vollero estendere a tutte le cause civili la *summaria ratio*: così Lucca nel 1539: *in omnibus causis civilibus procedatur et terminetur summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii et nulla iuris communis solemnitate servata, sed sola veritate facti inspecta quae tamen veritas debeat ex actis et probationibus apparere* (1): così Genova nel 1597 (1673, II, 15): *lites et quaestiones audiantur, cognoscantur et definiantur summarie, simpliciter et de plano bona fide sub vinculo iuramenti*, ecc. In Piemonte si era anche disposto che tali liti finissero entro un anno *a tempore petitionis* (2). Norme basate sulla Cl. *Saepe* sono contenute nelle leggi di tutta la penisola, anzi nell'intendimento di estendere l'applicazione di tal rito. In questo senso sono le Pramm. napol. 1477 (3), siciliane 1322, 1576, 1586 (4), l'editto piemontese 1582 (5), le Costit. egidiane (V, 2), le leggi di Friuli, Corsica, Venezia, Milano (6).

5. Negli Statuti sono enumerate le cause da trattarsi col rito sommario: e alcuni vanno anche più oltre non circoscrivendole e dichiarando sommarie tutte quelle ritenute tali *de iure comuni*, così da rimettere alla pratica forense e alle decisioni dei dottori l'elenco di esse (7); e altri attribuivano al principe la facoltà di accrescerne il numero e di imporre il rito a talune controversie (8).

(1) Stat. di Lucca, 1539, I, 14; Reggio, 1582, II, 8; Ferrara, 1624, II, 35.

(2) Statuti di Amedeo VI, 1379, c. 8, ed. NANI, Accad. Torino, XXXIV; 1423, ed. BURAGGI, 1907, del 1430, II, 126.

(3) Pragm. neapol., de ordine iudic., an. 1471.

(4) Ritus 133, 134, 136; Pragm. 35, § 5, 10, tit. 58, vol. II; Pragm. unic. Sermonetae, § 11, tit. 25, vol. III, Cesin.

(5) Nei nuovi Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 1, è detto: «sommariamente, semplicemente, ecc., havendo solo riguardo alla verità del fatto...».

(6) Const. patriae Foroiulii, c. 43, 46, 86; Stat. di Cividale, 1361, c. 17, 18, 19, ed. LEICHT, *Statuta vetera civ. Austriae*, 1907, pag. XXXIII; Fiume, 1530, II, 9; Corsica, ed. 1843, I, 6, pag. 15; Pavia, 1590, c. 137, foglio 118; Belluno, 1747, II, 31; Feltre, 1749, III, 35; Ceneda, 1339, ed. 1609, II, 5.

(7) Stat. di Lucca, 1539, I, 12; Modena, 1545, II, 2; Reggio, 1500, II, 8; Roma, 1580, I, 88. Trento; 1528, I, 31.

(8) Stat. di Modena, cit., II, 15; Parma, 1594, pag. 14.

Digitized by Google

Il numero delle cause accelerate riuscì veramente straordinario (1): furono tali le cause dei forestieri, dei poveri, delle vedove, degli orfani, dei pupilli, dei carcerati: le cause del Comune e del fisco, delle chiese, ospedali, confraternite, luoghi pii: le cause degli ecclesiastici, dei soldati pei loro debiti, degli scolari (Cremona, 1388, f. 441). Fa contrasto con tante altre misure contro gli Ebrei la concessione di una procedura rapida loro accordata da legge istriana e piemontese (2). Come vedesi, per le persone prevalse il criterio della necessità economica, cioè di favorire le persone miserabili — e si intendevano tali *quos iudex suo arbitrio declaraverit* dopo di aver ricevuto la testimonianza giurata di tre vicini e dalla parte stessa (3).

In quanto alle materie da trattarsi *summarie et simpliciter*, erano le cause di modico valore, le azioni possessorie, redibitorie, *ad exibendum*, le controversie intorno a fatti, censi, livelli, servitù, confini, divisione di eredità, alimenti, tutela ai crediti risultanti da strumenti pubblici (4), *guarentigiati, de camera* e anche da scrittura privata, quando era confermata da giuramento. Per questi *ubi in contractu est iuramentum tunc habet vim litis contestatae et confessionis in iudicio factae* (5). Gli strumenti guarentigiati erano eguagliati a *sententiae praecepti latae sine causae cognitione* (6): *aut citatus comparet et resolvitur in simplicem citationem... aut non comparuit et stat firmum praeceptum*, il quale *transit in iudicatum* (7). Questi istrumenti godettero di un procedimento speciale, sommario fino dal sec. XIII, come è detto negli Statuti di Savoia di Pietro II (an. 1263-1268): *ostenso instrumento iudici, teneatur iudex compellere reum ad solutionem faciendam* (8).

---

(1) Vedi in LATTES i numerosi statuti ricordati.

(2) Cod. dipl. istriano, 1448; Privilegio di Emanuele Filiberto agli Ebrei, 1572.

(3) Stat. Modena, 1327, I, 1, pag. 140; Frignano, 1337, III, 1. E in Piemonte così per le cause dei rustici, dei pellegrini, ecc., e in quanto ai poveri: *si quis propter paupertatem et adversarii sui potentiam non possit tractare nec conducere causam*, il giudice *inquirat et causam discutiat et terminet sine mora*; Decreta vetera, c. 132, pag. 47; SOLA, pag. 344.

(4) Stat. di S. Marino, 53; Parma, 1590, II, 72; Verona, 1582, II, 153; Padova, 1549, c. 6; Cremona, 1578, c. 360; Lugo, 1652, II, r. 68.

(5) FRECCIA, *Tractatus de praesentatione instrum.*, VI, 2.

(6) BALDUS, Decret. ad c. 10, X, I, 2, n. 18.

(7) BALDUS, ad Cod. VII, 57, princ., n. 4, vol. VIII, pag. 46.

(8) *Statuti di Pietro II di Savoia*, ed. NANI, pag. 53.

Digitized by Google

Nella Camera apostolica il giudice pronunciava il precetto con comminatoria della scomunica in caso di inadempimento (1). Va segnalata una disposizione dell'antico Statuto di Modena (1327, III, 48): *omni die summarie cognoscatur de legatis relictis pauperibus... pro anima vel pro usuris et male oblatis.* Il notaio ricevendo testamento doveva ricordare di disporre di qualche cosa pei poveri e per l'anima (Frignano, 1337, III, 19).

La dottrina aveva ancora ampliato l'elenco, insinuando che sommarie dovessero essere tutte le cause criminali nelle quali si procedeva senza accusatore, cause straordinarie, in cui bastavano due testi o presunzioni e indizi indubitati, e il giudice esaminava e sentenziava anche *non sedens pro tribunali*: — nelle cause di spoglio: — in quelle che definivansi colla delazione del giuramento, sebbene molta sia l'iniquità e *aliqui sint valde faciles ad iurandum,* onde invece del giuramento possa il giudice contentarsi di un solo testimonio: — in quelle in cui bastava una prova semipiena *per privatam scripturam* (2). E ancora provvidamente la legislazione paterna lo aveva esteso alle cause di alimenti (Pesaro, 1531, II, 11), *de cibo et potu,* con prova da presentarsi entro dieci giorni (Laghi di Como, c. 181), per finita locazione (Lucca, 1539, I, 14, 167), per mercedi e salari (3), per scritture private sottoscritte da due testi (S. Marino, 43; Rimini, II, 14), per carte dotali (Perugia, 1342, II, 3), per contratti con lavoratori (id., II, 6), in favore di religiosi (Forlì, II, 9) e degli *hospites* (Lucca, I, 71).

L'introduzione del sommario si accompagnò a quella del procedimento inquisitorio, e con ragione; poichè dal momento che si investivano le magistrature della facoltà di procedere *ex officio,* volevasi che possedessero ancora tanta autorità di abbreviare le liti. Durante l'avverte: *cum inquiritur non est necessarius libellus, nec lit. cont. Immo tunc de plano proceditur et sine strepitu* (4). Perciò gli statuti spesso pongono sotto la stessa rubrica il sommario e l'inquisitorio (5).

---

(1) DURANTIS, II, 2, de renunc. et conclus., n. 33.

(2) Stat. di Forlì, 1615, II, 7; Vigevano, 1608, pag. 48 e 332; Pesaro, II, 20; Perugia, II, 25.

(3) Stat. di S. Marino, 59; Roma, 1580, I, 95; Firenze, 1415, II, 90.

(4) III, p. 1, de inquis., § 3.

(5) NANI, *Stat. di Pietro II,* pag. 36; di Amedeo VI, 1379, pag. 56.

Digitized by Google

6. Il procedimento sommario nel sec. XIV si iniziava colla citazione: ma ammettevasi anche che bastasse una domanda verbale registrata dal cancelliere, con termini abbreviati, senza ausilio di avvocati o assistenza di procuratori. Il giudice emetteva quei provvedimenti richiesti dall'urgenza e la sua sentenza era esecutoria, senza appello: esaminate le scritture, udito anche un solo teste, non vincolato da formalità, anche senza attendere le conclusioni delle parti, dava la sentenza.

E così era fin dal sec. XII, come risulta dalle leggi venete relative ai *clamores*, procedura rapida per la quale bastava una sola citazione e una *inducia pro advocatore*. Il *clamor* doveva essere frapposto entro 30 giorni dal danno ed era senza prove respinto dal giudice, se lo riteneva infondato (1).

7. Il sommario si estese presto a tutta Italia: dal Piemonte per opera di Pietro II, all'Italia meridionale per quella di Federico II: vero è che la *summaria cognitio* da costui ordinata si riferisce al processo penale: egli però con altra legge (II, 18) soppresse anche pel civile, nelle cause minime, alcune formalità. Poi tanto i Riti di Napoli (115) che di Sicilia (105, 133) parlano di *summarium* come di procedimento in uso, e a Palermo nella prima metà del sec. XIV le cause possessorie erano trattate sommariamente (2). La pratica forense lo intese coi nomi di *oretenus* a Napoli, di *rito alla diritta* in Sicilia, o in certi casi *per viam confessionis*, ed era prescritto nelle azioni di manutenzione e reintegrazione di possesso (3), di denuncia di nuova opera, di danno imminente, nelle contestazioni di ogni specie fra proprietari di beni immobili e i coltivatori e possessori dei medesimi, nelle azioni relative alle limitazioni della proprietà, nelle contestazioni fra proprietari finitimi per ottenere l'arrotondamento dei fondi, in tutte le controversie che non si possono risolvere senza l'accesso giudiziale sui luoghi (4), nelle cause in cui per la qualità della cosa controversa l'indugio può

---

(1) Statuti di Enrico Dandolo: BESTA, *Stat. civili di Venezia anteriori al* 1242, pag, 37.

(2) POLLACCI, *Atti d. città di Palermo*, pag. 110; GENUARDI, *Proced. civile in Sicilia*, pag. 48.

(3) Capit. regis Iacobi, c. 23; Ferdinandi II, c. 54; Caroli II, c. 191; Ritus Alph., c. 135.

(4) Capit. Philippi, c. 4; Pragm. 17, tit. 2, de offic. iudic. M. R. C., an. 1576; Pragm. M. A. Colonnae, an. 1585, de modo procedendi, pag. 25; Consuet. di Palermo, ed. SICILIANO, c. 20, 29, 42.

Digitized by Google

recar danno agli interessi delle parti, nelle azioni per ottenere l'esecuzione dei contratti, l'annullamento dei medesimi per simulazione o violenza, nei giudizi divisori, nelle azioni per restituzione *in integrum*, nelle contestazioni mercantili di ogni genere, nelle vendite di animali, nei crediti per alimenti, nelle azioni per risarcimento di danni recati alle terre da uomini o da animali, nei crediti dotali, nelle controversie per esecuzione di testamenti e legati, nei crediti per mercedi ed onorari, e per tutte le questioni intorno allo scioglimento dei contratti di lavoro, nelle contestazioni derivanti dai contratti di pegno, sequestri giudiziari, da deposito, nelle controversie fra parenti, nei processi contro usurai, nelle cause per interdizione di prodighi e furiosi, ecc. Anche le cause relative a tributi, gabelle, dazi, rappresaglie, ecc. dovevano essere trattate col rito sommario, come anche quelle di competenza di speciali magistrature. A Napoli, oltre le suddette e in Sicilia erano sommarie le cause ove non vi era contradditore, quelle in cui chiedevasi decreto di *spectare et spectavisse* per pertinenza di donazione, fedecommesso, metà dei beni antichi, o decreto di *expedit* per contratto di minori: — le questioni incidenti nella causa principale, le cause di congruo, le cause di sfratto, le cause di persone civili, le cause di resoconto dei pubblici ufficiali, quelle di assicurazione di dote (1). Sul libello dell'attore il giudice scriveva la provvista: *M. C. provideat statim de iustitia ad mentem literarum regalium... dato unico breviori termino.*

8. Chi ha seguito questa esposizione storica fin dal suo principio, ricordando il modo con cui nell'alto medio evo svolgevansi le liti giudiziarie, non esiterà a riconoscere che quel modo era il vero sommario per la oralità e per il rapido succedersi degli atti procedurali. Non deviarono da esso i Consoli delle città italiane nei primi tempi del Comune; ma deviarono in seguito i giudici addottorati nelle scuole e più ancora gli

(1) Pragm. 18, de ord. iudic., an. 1737; Pragm. 1, de nundinis; Pragm. 1 e 4, de syndic. official.; Ritus, 115; Dispacci, parte II, tit. 29, disp. 17; Disp., p. II, tit. 2, disp. 2 e 3. Molte disposizioni sulle cause da trattarsi con rito sommario sono contenute nelle Consuet. sicil.; v. GENUARDI, op. cit. — Per la Sicilia: Cap. Alphonsi, 133; Pragm. 35, § 10, tit. 53, vol. II; Pragm. 11, tit. 58, vol. II; Pragm. unica, § 11, tit. 25, vol. III, Cesine; Pragm. M. A. Colonnae, de modo proced., pag. 25. E ancora una Pramm. del 1576, nel vol. I, pag. 27: contro chiunque anche privilegiato si possa procedere sin ruido in figura de juiycio y mirada solamente la verdad del hecho.

Digitized by Google

avvocati scaltriti nel maneggio delle poderose armi apprestate dal diritto romano. Esulò dai tribunali la celerità; e allora i ceti cittadini sconcertati dalla giustizia tortuosa, incompresa, eterna che dicevasi il rito ordinario, invocarono il ritorno alla semplice e bonaria procedura dei loro padri, cioè opposero allo ordinario un rito straordinario fuggente le cabale forensi: e doveva essere il sommario. Ma quelle cabale erano più forti e tenaci: e avvenne che del sommario restò poco più del nome. Il procedimento più lungo, ridondante di tutti i difetti fu il napoletano, e intanto si diceva che a Napoli si giudicava tutto e sommariamente, *sola veritate facti inspecta.*

9. Quindi si può dire che il rito non si conservò così semplice e spedito quale lo avevan voluto le leggi del sec. XIV e XV, e ancora lo prescrivevano quelle posteriori. A poco a poco avevano vinto le astuzie forensi: forse anche la stessa economia fondiaria, lenta per se stessa, aveva assecondato gli interessi degli avvocati. I proprietari non hanno la fretta che è propria delle classi mercantili. Fu così che nel corso del sec. XVI quasi i due riti trovaronsi unificati: non perchè l'ordinario si fosse abbreviato, ma piuttosto il sommario aveva accolto le lungaggini delle eccezioni, posizioni, allegazioni scritte. Si ragionava così: si possono escludere le prove? No, perchè sono di diritto divino, e si citava S. Matteo: anche il papa non può condannare per debito non provato (1); dunque occorrono termini *ad reprobandum quia attestationes et instrumenta non probant nisi dato termine ad opponendum.* Poi si allegavano altre ragioni di diritto naturale e delle genti per una piena difesa: e anche che si doveva stare alle parole delle leggi, essendo diverso il sommario dal procedimento ordinato *de plano et sine strepitu iudicii.* Insomma la sola differenza fra i due riti, concludeva il Cumia, sta *in datione primi termini,* cioè nel tempo accordato per la presentazione dei capitoli, non nei termini *ad defendendum et ad reprobandum* (2).

E così si arrivò a quello che le leggi del sec. XVIII chiamarono *dimidiazione* dei termini, cioè fu ordinato abbreviazione di termini per l'ammissione delle prove, discussioni, controprove e

(1) VANTIUS, *Tract. de nullitatibus,* pag. 214.

(2) CUMIA, *Comm. in Ritus M. Curiae Regni Siciliae,* Pal., 1588, pag. 183. E nello stesso senso, SOLA e AB ECCLESIA pel Piemonte, RIDOLPHINUS per Roma, ASINIUS per Toscana.

Digitized by Google

quanto serviva ad accertare i diritti dei contendenti: poi obbligo al giudice di sentenziare senza indugi, perenzione alle parti negligenti (1). Così si era molto lontani dagli intendimenti che avevano dato origine al procedimento planario o al sommario: e il fatto che i due riti differivano solo pei termini abbreviati spiega come nella letteratura giuridica poco parlasi del sommario: le prassi del sec. XVII lo menzionano senza darvi importanza: poichè era divenuto complicato e lungo quanto l'ordinario. Solo per le cause di possessione si era mantenuto: ma data l'adulterazione di esso, si era costituito un procedimento speciale per queste cause, che doveva essere veramente rapido, e a cui si diede il nome di *cognitio summariissima.*

10. Come si è detto, le cause possessorie dovevansi trattare *summatim*, anzi le leggi italiane avevano accolto per la difesa del possesso i rimedi canonici. Lo spoglio — *dissasina, disvestire, intrare in possessionem, exforciare, inquietare, destituere* — che dava origine ad azione anche contro il terzo possessore, fosse o no in mala fede *sive sciens, sive ignorans, per quascumque manus possessio ambulaverit* (Const. r. Sic., I, 26) anche se non vi era violenza, doveva essere represso con mezzi straordinari, essendo considerato come lesione di diritto: e come i delitti erano puniti con procedura diversa da quella adoperata nelle cause civili, così anche lo spogliatore non poteva valersi delle eccezioni proprie della *ordinaria* e *solemnis cognitio.* La reintegrazione si compiva dietro a semplice prova della spogliazione avvenuta senza entrare nel petitorio. Mentre il diritto germanico, quando lo spoglio non fosse accompagnato da violenza, faceva dipendere il giudizio sulla punibilità o no del fatto dall'esito della lite che doveva risolvere la questione di proprietà, nelle leggi italiane del secolo XII e XIII trovasi già costituita una difesa del possesso, benchè ancora non rivesta la forma di azione possessoria autonoma, che per sè sola occupa tutto il campo del giudizio e non può essere infirmata da eccezioni petitorie (2). Lo spoglio riguardavasi sempre

(1) Stat. di Amedeo VI di Savoia, 1379, c. 8; Amedeo VIII, 1423, c. 2; 1430, II, 127; Statuti di Acqui, ed. FORNARESE, 1905, II, 15; Piacenza, 1352, pag. 32; 1568, pag. 140; Constit. Parmae et Placentiae, 1619, r. 10, § 1.

(2) Const. pisanae civit., c. 50, ed. BONAINI, II, pag. 795; Const. usus pisan. civit., an. 1233, c. 40, id., II, pag. 947; Stat. potest. Com. Pistorii, 1296, II, 10, 62; III, 30, 69, 171, ed. ZDEKAUER; Costituto del Comune di Siena del 1309, ed. LISINI, 1903, III, 28.

Digitized by Google

delittuoso e dava sempre diritto alla immediata reintegrazione nel possesso, volendo colpirsi la violenza privata.

In seguito le leggi si svestirono degli elementi penali (di origine germanica) sui quali fecero predominare il civile della *reintegra*, che prima vi figurava come accessorio, nel senso canonico e civile: finchè nel secolo XIV l'azione civile comparve totalmente svincolata dalla penale (1). Da allora fu seguito il principio che lo spogliato *vi et clam* del possesso dovesse venire subito reintegrato con speciale procedimento, nel quale bastasse accertare in qualsiasi modo la notorietà dello spoglio, respingendo tutte le eccezioni dilatorie, abbandonando tutte le formalità superflue (2). E appunto per rimedio alla lunghezza dei giudizi e come mezzo di conservare provvisoriamente la condizione delle parti, quale trovavasi al momento della istituzione della causa in petitorio, si introdusse la manutenzione nel possesso triennale implorando dal giudice, per via di atto provvisionale, di ordinare l'*osservanza del solito*, cioè di nulla modificare nello stato delle cose praticato nei tre anni anteriori alla lite, prima di conoscere del merito (3).

Sempre con procedimento sommario il giudice poteva procedere di ufficio per la conservazione del possesso contro le minaccie e ogni atto turbativo, secondo la dottrina italiana del secolo XIII e XIV (4), la quale pure accettando gli *interdicta uti possidetis* ed *utrubi* intese di renderne più rapida e sicura l'azione autorizzando il giudice a sequestrare la cosa, a tutelare lo stato di possesso, a costringere la parte che minacciava il turbamento a produrre le prove, e infine a pronunciare sentenza sull'affermazione di due buoni testimoni prodotti dalla parte minacciata. Il giudice appoggiava i suoi ordini con sanzioni penali — *mandata de manutendo* (5); cosicchè i suoi provvedimenti di provvisoria protezione

---

(1) RUFFINI, *L'actio spolii*, 1889.

(2) Stat. Alessandria, 1547, pag. 68; Lucca, 1539, IV, c. 170; Ritus Alphonsi, 135, 140; Pragm. Alphonsi, an. 1444, de possess. non turbanda; Ferdinandi II, 54; Caroli II, 191. Per gli stati di Piemonte vedi lo statuto di Amedeo VIII, 1440.

(3) Pragm. sicil, an. 1748, 1783; R. Costit. piemont., 1723, 1770.

(4) BALDUS, l. 13, Cod. de rei vindic., vol. I, 288; l. 3, Cod. de ed. D. Hadriani toll., n. 3; ad l. 13, § 3, Dig. de usufruct., vol. I, 303; ad l. 3, Cod. de summa Trinit., vol. V, pag. 8; IO. DE FERRARIIS, *Praxis*, IX, 1, n. 7, 8; LANFRANCUS DE ORIANO, *Repet. de causa poss. interd. uti possid.*, n. 24, 25.

(5) BALDUS, ad l. 1, Cod. de postul. vol. V, pag. 130; DE FERRARIIS, IX, 1, n. 7; PHIL. DECIUS, ad l. 3, Cod. de ed. D. Hadr., n. 6.

Digitized by Google

del possesso rivestivano piuttosto carattere amministrativo per il mantenimento della pace pubblica (1).

11. Da questo procedimento nacque altra forma di procedere anche più rapida, il *possessorium summariissimum*, detto anche *momentaneum* o *mandatum de manutenendo* o *tenuta* (2), intravveduto già nelle opere dei glossatori (3) e dei decretisti (4). Solo nel secolo XV fu accolto nei tribunali: con esso ricercavasi e difendevasi l'ultimo possessore (5). Quando la *spoliatio* era notoria *per summariam informationem, ita quod non possit aliqua tergiversatione celari*, lo spogliato doveva essere rimesso nel possesso *sine processu vel litigio, sine mora vel dilatione ex officio* (6). La domanda di *tenuta* appoggiata da giuramento o da testi deve essere subito accolta dal giudice che emetterà il mandato e lo farà eseguire dalla forza (7). Così era attuato il principio della *Reintegranda*, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazioni e colla maggiore celerità contro qualsiasi: e gli art. 695, 696 del C. civ. sono la continuazione di un'antica tradizione italica, basata sul principio della notorietà di origine canonica, accompagnata da una sommaria informazione, cioè da un'inquisizione da compiersi dal magistrato.

12. Al procedimento sommario si schiusero le porte delle curie mercantili, che l'ebbero qual rito esclusivo; bastava che il creditore presentasse i suoi titoli o giurasse *ad s. Dei evangelia quod non peto animo calumpnie* (8), perchè gli si dovesse dar ragione,

---

(1) MARANTA, p. IV, 9, n. 44; MENOCHIUS, *Tractatus de adipiscenda, recup. possess. remediis*, 1587 (otto ediz.), in pr. n. 32; SCACCIA, III, c. 17.

(2) DE BOCATIIS, *Tract. de manutentione in possessionem*, 1600, e nei *Tract. un. iur.*, III, pag. 2; POSTIUS, *Tract. de manutentione seu de mandato de manutendo*, Torino, 1634 (opera che ebbe 8 ediz.).

(3) ROFFREDUS, *Tr. de ordin. iudic.*, de interd. unde vi, Lugd., 1591; IACOBUS, in *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 135; Magister VACARIUS, ed. WENCK, pag. 297; ODOFREDUS, in Lect. ad l. 10 Cod. de posses.

(4) DURANTIS, II, de petit. et posses., n. 32; HOSTIENSIS, ad c. 8, X, de probat II, 19.

(5) Questo procedimento ebbe per sè le autorità di Maranta, Ferrariis, Lanfranco di Oriano e Scaccia; ma fu oppugnato da Merenda e da Menochio, op. cit.

(6) Decreta vetera, II, pag. 31; Stat. di Amedeo VIII, 1430, SOLA, pag. 306 e BORELLI, *Editti di Casa Savoia*, pag. 26.

(7) Stat. di Brescia, 1611, coll. 3, c. 10; Reggio, II, 8; Lucca, 1539, I, 14.

(8) Stat. Pisanae civ., Breve curiae mercant., an. 1305, rubr. 7, ed, BONAINI, pag. 11; Breve dei consoli della corte dei mercatanti, an. 1321,

Digitized by Google

con sequestri sui beni del debitore. Si poteva anche procedere a sequestri *per instrumentum vel per testes seu testem in eo casu in quo sufficiat vox unius testis* (1); e poi due testimoni facevano *fidem plenam* (2), e anche un solo *cum sacramento creditoris* (3). Naturalmente si intendeva di crediti liquidi contro concittadini e più ancora contro forestieri quando temevasi della loro fuga (4). In tali casi si procedeva anche senza citazione, senza *praeceptum de cautione praestanda sive solvendo* (5): il giudice emetteva la *licentia* o *cedula, commissio, mandatum ad exequendum, pignorandum, sequestrandum, interdicendum, capiendum*, il che importava il diritto del creditore di procedere al sequestro dei beni del debitore e di farlo arrestare — l'arresto per debiti — per mezzo di *berroarii, sergentes, executores* (6): l'arresto privato cioè da parte del creditore era solo ammesso nel caso che si temesse della fuga del debitore (7). Se pel sospetto di fuga, il giudice aveva emesso ordine di arresto, la causa contro il debitore arrestato dovevasi trattare *incontinenti nullis obstantibus feriis et solemnibus summarie et de plano sine strepitu et figura iudicii* (8): in tal guisa che se il creditore non fosse diligente, perdesse il suo credito e ogni procedura non esaurita entro due o tre mesi, secondo gli statuti, era annullata. Anche al giudice erano assegnati termini perentori per sentenziare: *et iudex teneatur unica sententia expresse sententiare et terminare infra octo dies continuos a die prae-*

---

rub. 8, id., pag. 203; Stat. di Padova, I, 4; Parma, 1347, II, pag. 150; an. 1494, II, f. 74; Vicenza, II, f. 106; Brescia, 1465, c. 62. V. LATTES, op. cit.,

(1) Stat. di Brescello, 1697, II, 9; Reggio, II, 8; Cesena, I, 5; Genova, 1673, c. 15; Iesi, 1541, II, 125; Faenza, III, 46; Brescia, stat. riformati del 1621, ed. 1722, coll. 13, c. 10; Rimini, II, 16.

(2) Stat. mercant. Placentiae, 1200, c. 612, in *Mon. per la prov. di Parma*; Stat. di Ivrea, *Mon. h. p. Leges*, II, 1181.

(3) Stat. Piacenza, 1391, III, c. 58; Stat. dell'Università dei mercanti di Siena, an. 1616, c. 96.

(4) Stat. Casale, lib. I, rubr. de sequestrationibus, in *Hist. p. Mon. Leges*, pag. 954.

(5) SORGE, *Praxis*, pag. 378; DE ROSA, id., I, pag. 146; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, tit. I, disp. 2, n. 690.

(6) Stat. Bergamo, 1727, collat. III, c. 32.

(7) Stat. Cesena, 1569, foglio 58; Milano, 1552, c. 69; Cremona, 1578, c. 415; Brescello, 1697, 9 e 15.

(8) Così secondo le leggi di Savoia, Verona e Trento, le quali invoca BALDO, nei suoi *Consilia*, vol. V, cons. 166.

Digitized by Google

sentationis scripturae (1). Infine dalla sentenza non potevasi appellare, *nulla appellatione vel dilatione admissis* (2): oppure la sentenza era esecutiva *non obstante appellatione*: *appellatio executionem non retardet, praestita tamen fideiussione idonea per eum qui sententiam per se obtinuerit et eam exequi voluerit.*

13. Oltre questo procedere senza libello, contestazione di lite e solennità *servata solum aequalitate in probationibus* se ne era introdotta un'altra extragiudiziale, *arbitrio iudicis*, da applicarsi nelle cause delle chiese, degli ospedali, delle persone miserabili e di salari. Questo procedere chiamavasi *manu regia* (3), e il giudice si comportava *ut esset iudicaturus Deus* — o anche *velo levato prout datur ab imperatore causa naufragi* (4). Anzi si ammetteva che il giudice potesse applicarlo con una certa latitudine, e il pavese Menochio nel libro già ricordato sulle facoltà discrezionali o arbitrarie dei giudici enumera i casi in cui queste si applicavano (5). Certo le interpretazioni del giurista appaiono molto arbitrarie, anzi esorbitare le parole degli Statuti: e quindi la pratica aveva finito per dare agli ordini *audiatur ut petitur* — *procedatur summarie* un significato non rigoroso, e sofisticavasi se il *summarie* escludesse questa o quella formalità: la sentenza del foro era di far rientrare le cause per statuto sommarie se non nei quadri del rito solenne almeno in un rito che non eliminasse una vera figura *iudicii*. E Scaccia (I, c. 50) conclude che al suo tempo era *de stylo* procedere nelle sommarie fuori dell'arbitrio del giudice, con termini per provare e con una vera istruzione della causa.

14. Al procedimento sommario si collega quello di esecuzione parata che godevano gli strumenti notarili, e quello *per viam cedulae* del Rito alfonsino (132) anche esso fondato o su un credito risultante da pubblico strumento, da sentenza o da confessione giu-

---

(1) Stat. Casalmaggiore, 1717, pag. 146.

(2) Stat. Reggio, II, 8; Belluno, II, 31, 79; Lucca, I, 14, 167, 171; Roma, 1580, I, 95; Sinigaglia, II, 14; Vigevano, pag. 49, 333.

(3) In uso a Roma per Bolle di Gregorio XIII e XIV; LUC. PARTUS, *Practica*, lib. IV, c. 1; e a Firenze, vedi le *Pratiche* di ASINIUS, § 3, e di SABELLI.

(4) In l. 5 de submersis, Cod. de naufragiis, XI, 6; P. DE FERRARIIS, *Practica*: *in forma libelli action. reali gl. summaria*, pag. 119.

(5) *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis... quae a iudicum arbitrio et potestate pendent*, Lugd., 1603, 1606; Colonia, 1671.

Digitized by Google

diziaria: di essi si parlerà a proposito del procedimento esecutivo (c. XV). Vanno ricordati altri riti sommari del Rito alfonsino, quali il procedimento *per viam iniunctionis*, cioè precetto del giudice di fare o non fare, *ex visione scripturarum* o *di effetto* per cui il giudice sospendeva l'esame della causa, *ex abrupto*, e chiedeva all'autorità politica la dispensa dalle forme ordinarie.

15. Il sommario fu accolto nei codici del sec. XVIII, che però non l'ammisero in tutte le materie per le quali l'avevano prescritto le leggi precedenti. Nelle Cost. estensi, 1771, il sommario fu ridotto a pochi casi e il vantaggio era la dimidiazione dei termini. Si distinguevano le cause in sommarie e minori, e queste oltre che godere del rito abbreviato venivano esaminate senza strepito e figura di giudizio, senza formalità, ma avuto solo riguardo alla verità del fatto, chiamando le parti. Minori erano quelle inferiori a L. 150 modenesi: così quelle superiori, fossero anche di affitti, doti, deposito e alimenti (fino a L. 500) di sommario non avevano che l'abbreviazione dei termini. Cosicchè questo rito nato in Italia aveva finito per perdere l'antico significato, oppure, se così pare, per essere riformato nel senso di circondarlo di maggiori cautele, come fece il Regol. pontificio del 1834, il quale anche pel sommarissimo possessorio imponeva al giudice molte regole, l'autorizzava a procedere a perizie, e in genere per le sommarie disponeva: « si osserveranno le norme » contenute per le cause a rito ordinario (art. 682).

Digitized by Google

CAPO VIII.

La procedura criminale dal sec. XIII al XVI

ALBERTUS DE GANDINO (1299), *De maleficiis*, 6 edizioni dal 1494 al 1526, e altre 8 in aggiunta al *Tract. de maleficiis* di ANGELUS ARETINUS DE GAMBILIONIBUS (m. 1445), ediz. cit., Ven., 1598; BONIFACIUS DE VITALINIS, *Tract. super maleficiis* nello stesso volume di Angelo; JACOBUS DE BELLOVISU (m. 1335), *Practica iudiciaria in materiis criminalibus*, Lugd., 1526; HYPPOLITUS DE MARSILIIS, *Tract. de quaestionibus*, Lugd., 1537; PLACENTINUS, *De accusationibus et inquisitionibus* nei *Tract. universi iuris*, tomo XI, p. I (vol. XV) e nel *Volumen omnium tractatuum crimin.* di ZILETTO, Ven., 1570; BONICONTUS, id. id.; ANTONIUS DE CANARIO e JACOBUS DE ARENA, *De quaestionibus*, id.

1. L'alto medio evo trasmise all'epoca comunale due modi di persecuzione dei rei: l'accusa privata, pubblica o secreta e l'inchiesta da parte dei pubblici ufficiali. La prima aveva il favore delle popolazioni, le quali, essendo dalle leggi vietata la faida, si sentivano investite di un mezzo legale per incitare i poteri costituiti a dare all'offeso quella soddisfazione che gli era negata prendersi coll'autogiustizia. A un'accusa fondata seguiva la punizione del reo e il pagamento di una composizione: poi il fatto delle due parti in aperto e pubblico contrasto giudiziario offriva occasione al sollecito intervento di amici per la remissione dell'accusa con una pace giurata, intervento a cui erano tenuti anche i consoli appena interpellati dall'accusatore per indurre l'accusato *ut pacem faceret* (Stat. di Parma, 1255, pag. 268), come al rifiuto di lui eran tenuti a procedere senza indugio e a punire, imponendo quella stessa pace, come fosse *libere habita*, secondo l'espressione dello Stato fiorentino (III, 36). Questo per l'accusa.

Digitized by Google

In quanto all'inchiesta *ex officio* si è visto come fosse praticata nella monarchia longobarda e nella franca: potè avere delle ecclissi nei torbidi periodi dell'alto medio evo, ma restò sempre nelle leggi, e nel giuramento dei Consoli era inserito l'obbligo di *inquirere* sui reati e i danni. Certo poichè non era disciplinata e le fazioni, disputandosi il potere, adoperavano l'arma dell'inquisizione contro gli avversari, era oggetto di terrore da parte delle popolazioni indifese contro gli arbitri e sulle quali pendeva come minaccia (1).

Con queste due forme di accusa e inquisizione il procedimento penale assunse aspetti e modi suoi propri, diversi da quelli in uso nel civile. L'accusa che in principio si presentava come se si trattasse di privata contesa, quasi col libello e la citazione, non tardò a essere modificata nel senso di valere come denunzia alla pubblica autorità perchè assumesse la difesa di un diritto turbato: e così pure la inchiesta solo lentamente fu disciplinata sul modello di quella inquisizione canonica a cui la Chiesa aveva affidato il mantenimento dell'ordine nel campo delle sue competenze. Tali progressi furono ottenuti quando il libero Comune italiano mutò la sua struttura corporativa coi tanti Consoli aventi funzioni incerte o contrastanti, quando affermò la sua missione di Stato superiore a tutti gli interessi, e davanti al quale le pretese dei singoli dovessero inchinarsi. Allora esso si armò di mezzi efficaci per assicurare la pace pubblica, represse le vendette, e non attese che la giustizia penale fosse posta in moto dalle accuse dell'offeso e dei suoi parenti.

Nella seconda metà del sec. XII la Città-Stato, affermato il suo diritto di vita contro all'impero, consolidati gli ordinamenti interni, armò il potere politico di tali facoltà da rendere frustranea l'attesa di un'accusa per reprimare la criminalità. Il giudice ai malefizi istituito ovunque ebbe l'incarico di ricevere le accuse degli offesi e le denunzie degli ufficiali inferiori, ma anche quello di procedere di ufficio. In tal modo il procedimento inquisitorio, sviluppatosi sugli insegnamenti delle leggi canoniche e sulla pratica dei tribunali ecclesiastici, divenne il procedimento ordinario italiano.

---

(1) ALB. GANDINUS, *Quaest. statutorum*, ed. Solmi, 26: *expulsus de civitate ratione partialitatis... ratione partium quae sunt in Lombardia.*

Digitized by Google

§ 1. *Il procedimento per accusa e denunzia.*

2. Nei più antichi statuti l'accusa è presentata colle forme proprie del processo civile: così dichiarano le Cons. di Milano (15); nessuna differenza, sia che si tratti di ottenere la punizione del colpevole o si dimandi in via civile il risarcimento dei danni; soltanto in penale si proclama il blasmo contro i contumaci e non è richiesto che la sentenza sia scritta. A Bergamo, a Brescia, a Pistoia nelle stesse rubriche si accomunano attore e accusatore, maleficio e negozio. Quindi il giudizio per accusa si inizia col libello e colla citazione; e al giorno del giudizio l'accusato ripete le sue affermazioni, a cui l'accusato risponde. E come nei tempi passati la sentenza civile era pronunciata nella stessa seduta, così anche al sec. XIII volevasi che lo fosse per la condanna penale, « acciocchè l'accusatore non faccia macerare nei ceppi l'accusato » (1).

In generale gli Statuti appena accennano al procedimento criminale: le rubriche delle accuse, delle inquisizioni ne trattano in modo sommario, così che occorre valersi delle notizie abbondanti che offrono i criminalisti, pei quali l'accusa ha la precedenza, e con essa Alberto de Gandino inizia il suo *de maleficiis*: *quid sit et qualiter fit accusatio*: *quando accusator sit necessarius*: *qui accusare possunt.* Le leggi dicono tutti, e vi insistono (2), quasi a protestare contro certa dottrina che non ammetteva sempre l'accusa; e Gandino enumera 20 casi nei quali o non è ammessa, o si procede *ex officio*: e vinse la dottrina, perchè altre leggi restrinsero la facoltà di accusare al solo offeso e ai parenti (3).

3. Il libello accusatorio era concepito come il civile: *est fur, latro, homicida*: e per le circostanze, *ubi, cum socio*; ed erano le prove elencate come nelle posizioni (4). Ma tali formalità del civile non resistettero, e si arrivò presto a un rito speciale, salvo che in

---

(1) Const. r. Siciliae, II, 15; Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 24, ed. NANI.

(2) Consuet. di Milano, 1396, I, 10; Como, 1335, II, 46.

(3) Stat. di Padova, c. 742; Ritus M. R. Curiae, 197: *quod nullus admittatur ad accusandum nisi suam suorumque iniuriam prosequatur.* A Firenze (Stat., II, 1) fino al terzo grado di computazione canonica. Il maestro accusava pel discepolo, il padrone pel colono.

(4) ROLANDINUS PASSAGERII, *Ars notariae*, Ven., 1546, 9, § forma libelli: *quo sacramento facto exemplabis accusationem in qualerno.*

Digitized by Google

Sicilia, ove Federico II ebbe maggior ossequio per le leggi romane, e in qualche altro paese. In quanto al libello, scriveva il de Gandino: *hodie*, cioè al sec. XIII, *vero per totam Italiam non datur, sed simpliciter accusatio fit quia accusator iurat veram esse et sic postea in quaterno Comunis ponitur*: cioè l'accusa era scritta *in libro accusationis* (1), e tale scrittura *hodie datur loco libelli*. E in quanto alla *inscriptio in crimen* richiesta per diritto romano all'accusatore, egli aggiungeva: *inscriptio non est hodie facienda, quia si hoc verum esset pauci homines invenirentur qui se vellent obligare ad talem penam s. talionis, quum posset reum absolvi vel quia plene maleficium non esset probatum vel propter imperitiam advocati vel iudicis et sic timore poene subscriptionis multa maleficia remanerent impunita*. E aveva ragione: infatti nelle leggi delle città lombarde erano abrogate le sanzioni romane e canoniche contro l'accusatore che non provava, costituite da una multa. A Biella e a Milano bastava il libello *non accepta pagina inscriptionis* (2): a Bergamo (1, 14) l'accusatore era dispensato da ogni cauzione e dalla *inscriptio*; nel posto di questa e del taglione erano altre solennità (1353, IX, 3) e così a Brescia (3). Non è a dire poi come fosse andato in disuso il fare *ius in carceribus dicere* ad accusatore e a denunziante, e Bonifacio de Vitalinis (pag. 422) riferisce che solo nei gravi delitti *accusator et accusatus debeant carcerari*.

Invece l'*inscriptio* fu mantenuta nelle Cost. di Federico II (II, 14): non si ammettevano accusatori *nisi prius vinculum inscriptionis accipiant*, perchè potessero subire tanto la pena della prevaricazione che della calunnia. Anche le Cost. egidiane volevano si obbligassero *ad penam talionis* (IV, 1) nonchè *de reficiendo expensas si in probatione defecerit et non probaverit plene vel semiplene*. Sempre secondo la legislazione di Federico II doveva l'accusatore giurare *de calumnia* e dare cauzione *de perseverando in causa usque ad finem*. Era quindi considerato il caso che non si

(1) Breve Pistorii, 1284, I, 102; II, 2, 6, 11, 85, 136. Vedi KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus u. das Strafrecht der Scholastik*, I, 1907, pag. 87.

(2) Stat. di Biella, ed. SELLA, c. 31, 42, pag. 8; Consuet. mediol., 1216, c. 4: *Si vero non civiliter sed criminaliter accusatus fuerit de homicidio ut banniatur... Reo autem ad causam veniente non accepta pagina inscriptionis sed simplici porrecto libello ut superius in civilibus dictum est et absque sacram. cal. examinatio causae procedat.*

(3) Cons. Brescia, 1277, II, 150; 1355, fogl. 3 e 67; Bergamo, 1391, fogl. 104; LATTES, *Dir. consuet.*, 146.

Digitized by Google

presentasse più a sostenere l'accusa: il che appariva collusione: pel che venivano egli e l'accusato multati (per le Cost. sic., II, 14, con 100 augustali): come anche era vietato che dopo la citazione e la *litis cont.* potessero comporre e conciliarsi; e anche allora richiedevasi licenza del tribunale e il pagamento di una multa al fisco. Nè poi sempre la composizione esauriva l'accusa, poichè essendo il tribunale investito della cognizione di un reato, doveva proseguire le indagini e arrivare anche a condanna (id., I, 71). Il procedimento accusatorio fu diligentemente disciplinato da Federico II, che ne volle sollecito il corso, punendo l'accusatore, se tergiversava. All'accusato, qualora il reato non fosse notorio ed egli confesso e preso in flagrante (II, 15) doveva accordarsi libertà provvisoria, se fideiussori garantivano per lui: principii questi a cui meglio ancora cercò provvedere la legislazione posteriore (1). Va notato che il diritto napoletano fino dal tempo di Federico II segnò un progresso facendo intervenire il fisco nelle transazioni e disponendo che l'azione punitiva dell'autorità non fosse estinta dall'abbandono dell'accusa nei delitti puniti con pena di sangue: cosicchè l'accusa soltanto promoveva quello stesso giudizio che si sarebbe iniziato anche senza di essa, come già altre leggi italiane (*Const. egid.*, IV, 4) disposero pei reati di lesa maestà, di incesto, sacrilegio, eresia, ecc. Anche nei riti napol. l'accusa è mantenuta e disciplinata; non era ammessa per motivo di usura; doveva aver per oggetto una *iniuria sua vel suorum*, cioè dell'accusatore, doveva darsi cauzione (c. 81 e seg.), e a Gaeta dalla cauzione era dispensato chi possedeva beni immobili (2).

4. I criminalisti più antichi descrivono il processo accusatorio come l'ordinario e che si deve svolgere secondo l'*ordo iudiciarius*. La *Practica Baldi* (fogl. 23) ad esso contrappone il processo per denunzia e l'inquisitorio, che stanno collocati *circa viam extraordinariam*. L'*ordo* impone le formalità proprie del rito civile e delle condizioni rigorose; anzitutto per le persone, perchè non

(1) Cap. Caroli ducis Calabriae c. accusatorum temeritas. Nelle leggi angioine sono ordinate notevoli misure per impedire di tenere in carcere innocenti o persone pronte a dar cauzione; Cap. Caroli I, item caveant Iustit.; Caroli II, de inquisit. (così anche Pragm. 1, de custodia reorum, 1477); e viceversa si può carcerare il diffamato anche sopra un teste de visu; Ritus M. R. C., 44.

(2) SCHUPFER, *Gaeta e il suo diritto*; *Riv. ital. di scienze giurid.*, 1916, pag. 96.

Digitized by Google

tutti possono accusare, e sono esclusi gli incapaci, l'eretico, l'ebreo, il povero, l'infame per delitti commessi, ecc. In crimine privato non si ammette *nisi cuius interest*, cioè chi intende vendicare ingiuria propria o del parente ucciso, perchè, dice Azone, *accusare est ad vindictam*: chiunque può accusare in crimine pubblico, purchè non siano decorsi 20 anni dal delitto, e in delitti notori. Piacentino vuole che accusatore e accusato diano fideiussori *pro lite exercenda*, e qualora per inopia non possano presentarne *uterque in custodiam mittitur donec de crimine iudicetur* (tit. 1): ma tale non era la pratica. Carattere precipuo del processo accusatorio era quello di derivare *ad partis petitionem*, onde la conseguenza doveva essere che, morto l'accusatore, finisse l'istanza, si estinguesse l'azione: ma Ippol. de Marsiliis (f. 141, n. 28) avverte che ciò non è, perchè se l'accusatore moriva, desisteva o si accordava o non compariva, *de consuetudine manet semper fiscus*. Lo stesso era anche al tempo in cui erano ammesse le composizioni pei reati di sangue: si desisteva dall'accusa, ma il fisco pretendeva la pena pecuniaria, e anzi la desistenza per composizione offriva al giudice la prova necessaria per condannare [1]. Dopo il sec. XIII qualora il crimine fosse considerato dallo statuto, la rinunzia all'accusa non estingueva l'azione penale: e per di più, quando il fisco assumeva di procedere per inquisizione, l'accusatore era messo in disparte: *accusatio tollitur per inquisitionem supervenientem*, dice Baldo nella sua *Margarita* (voce *accusatio*), o aveva la funzione secondaria di parte civile pei danni. Il processo straordinario portava al tramonto l'originario accusatorio.

Si è detto del libello e delle sue vicende nel procedimento criminale: ora seguiamo l'accusa nel suo svolgersi sul modello del rito civile. Il notaro del Comune la riceve, e il nunzio fa le tre citazioni. Ma come intendere la parola *trina* o *triduum*? in tre giorni per tre volte al giorno? per nove giorni di seguito? o tre citazioni in nove giorni? Quest'ultima era l'opinione di Durante, di Bartolo e di Blanco (pag. 10). Bastava un perentorio nelle cause gravi. Eseguivasi per editto, per scritto, per voce del messo che ne scriveva una relazione: ma sempre, osserva Gandino (pag. 293) *ex parte iudicis*. Questo scrittore espone le delicate questioni di diritto intercomunale sulla competenza per terri-

---

[1] Così BONIFACIO DE VITALINIS, pag. 463.

Digitized by Google

torio e sul modo di citare il reo che abita in luogo diverso da quello ove commise il delitto (294). A ciò avevano anche provveduto speciali convenzioni fra città e città (1), perchè di regola *citatus extra iurisdictionem suam non tenetur obedire* (2): e non parliamo dei salvacondotti e del bando che pendeva sulle teste dei contumaci. Per le formalità esteriori la citazione criminale non era diversa dalla civile; doveva contenere la parola *accuso*, come questa la parola *peto* (3). Era intimata all'abitazione dell'imputato o nel luogo del delitto o al banco di giustizia (4). Le leggi parlano anche di *lit. cont.* (Milano, 1396, I, 10), e così dice lo Stat. di Perugia (1342, III, 1): dopo che l'accusatore ha giurato sopra l'accusa, l'accusato *premesso el iuramento de reservare a se tutte glie benefitie suoie e le exceptione a se competente nante la resposta overo contestatione de lite... e cotale resposta aggia forza de cont. quanto al reo e de sacram. de calumpnia.* Gli scrittori mantenevano il concetto della *lit. cont.* anche nel procedimento inquisitorio: la lite era contestata fra giudice e accusato. Nell'accusatorio produceva notevoli effetti, in quanto che prima della *lit. cont.* l'accusatore poteva abbandonare l'accusa, ma dopo era tenuto a proseguirla (5). Gandino (pag. 271) fa una differenza fra *lit. cont.* e *nomen receptum inter reos*, che consisteva nello scrivere il nome dell'accusato nel libro dei rei dopo di aver ricevuto alcune prove. Queste dovevansi presentare dall'accusatore, altrimenti era tenuto *de calumnia*, ammenochè non avesse per sè la fama pubblica (6), ed era esente *de cal.* se le persone dei testi ma non i detti erano riprovati (7). Il processo colle eccezioni, dilazioni, ecc., alla presenza dell'accusato e accusatore proseguiva come nelle cause civili. La sentenza era pronunciata al suono della campana del palazzo e se ne dava pubblica lettura nella concione.

5. L'accusa figura anche negli statuti riformati, ma ormai nel significato di querela di parte o di denunzia, pubblica o privata.

---

(1) an. 1227: trattato fra Modena e Ferrara; MURATORI, IV, pag. 446.

(2) BONIFACIUS DE VITALINIS, pag. 401.

(3) BALDUS, l. edita, 17, Cod. de edendo, II, 1.

(4) Stat. di Bologna, 1288; MAZZONI TOSELLI, *Racconti storici estratti dall'Arch. crim. di Bologna*, 1866-70; KANTOROWICZ, o. c., pag. 95; NULLI, *Proced. penale a Siena, Studi senesi*, vol. V, 1888.

(5) BALDUS, l. 17, Cod. de his qui accusare non possunt, IX, 1.

(6) DURANTIS, III, de accusat., § 1; de abolit., § 1 e 2.

(7) Id., IV, de calumn., § ult.

Digitized by Google

Non era più accusa dal momento che non era accompagnata dalla *inscriptio* nè da penalità. O trattavasi di offesa privata, e all'offeso competeva l'azione; o di reato pubblico e allora si aveva accusa o meglio denunzia comunicata all'autorità dagli agenti di polizia o dall'offeso o da chicchessia. Questo nuovo senso dell'accusa fu riconosciuto da Gandino, che negò ogni differenza *inter accusatorem et denunt.*, essendo identico il fine e l'officio (1). Fin dal sec. XII si parla di denunzie e denunzianti, e più nel sec. XIII, e questo nome è piuttosto applicato ai *sindici* delle ville che informano i magistrati *simpliciter et sine iur. cal. in scriptis* (2). Ormai vi sono funzionari che giurano di fare inchieste, indicar testi, anche per fatti non punibili, con diritto a punire sui beni del reo (3). È chiaro che tali norme si riferiscono al denunziante necessario, al *denuntiator syndicus*, le cui relazioni sono riportate *in libro accusationum*. È per questo che negli statuti le espressioni di *denuntiare* e *accusare* sono adoperate promiscuamente quasi sinonimi (4), ma sempre in riferimento al necessario non tenuto a sostenere la *lamentatio* nè a dare cauzione *de persequenda accusatione usque ad finem*: sua funzione è istigare il giudice *ut inquirat*. A tale denunziante si riferiscono le parole di Angelo dei Gambilioni: *hodie secundum consuetudinem Italiae accusator iurat in principio quod accusatio est vera et quod non animo calumniandi hoc facit, et reus iurat de veritate dicenda* (5).

Gli statuti abbondano di norme sull'obbligo degli ufficiali preposti alla polizia cittadina e forese di denunziare (Breve Pistorii, 1284, I, 17, 50, 56, 102; II, 7, ecc.) non solo i malefizi notorii ma anche gli occulti, puniti o no *de iure vel statuto*: al momento di assumere la carica ciò giuravano fare i consoli delle contrade e delle ville: dovevano ancora vigilare che quanti erano per l'esercizio di loro arte o professione a cognizione di un reato

---

(1) A. GANDINUS, *Quaest. statutorum*, ed. Solmi, 60.

(2) *Speculum*, III, de denunt., § 1; de accusat., § 1.

(3) BONIFACIUS DE VITALINIS, *De maleficiis*, ediz. in aggiunta ad ANG. DE GAMBILIONIBUS, pag. 422; PETRUS DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, in forma inquis., ed. 1549, pag. 509.

(4) *Denuntiare* e *accusare* sono sinonimi: cfr. Stat. di Padova, ed. GLORIA, 1271, n. 747; Bologna, 1252, ed. FRATI, I, 250, ove il secondo libro tratta *super his qui accusantur vel denuntiantur vel sunt inquirendi occasione cuiuscumque malefitii*.

(5) *Tract. de maleficiis*, Ven., 1597, pag. 18 e 19.

Digitized by Google

ne dessero denunzia alle autorità. Antico è l'obbligo imposto ai medici e chirurghi di riferire sui feriti curati.

6. Come si è detto, la denunzia volontaria era diversa dall'accusa ed era ammessa anche in casi in cui non si aveva interesse. L'azione popolare ebbe largo accoglimento nei Comuni lombardi e toscani, e non solo rinvigoriva il sindacato a cui erano sottoposti i magistrati, ma anche il corso della giustizia ordinaria: il citato Breve di Pistoia (II, 38) diceva: *omnes et singulae persone possint denuntiare et accusare*. Detta azione trovasi anche in Sardegna (*Carta de logu*, 105, 127). Le autorità comunali incitavano con bandi *quelli che sanno* a denunziare (1). L'avere esteso la facoltà della denunzia a tutti è opera del diritto canonico: e la pratica italiana attribuì a chiunque *de populo crimen notorium iudici pronuntiare*. Era una conseguenza degli ordinamenti democratici del Comune italiano. Ecco perchè la denunzia ebbe tale latitudine nell'alta Italia e in Toscana, e non la ebbe nell'Italia meridionale, dove poteva denunciare nei delitti privati solo *cuius interest* e quando trattasi *de sua suarumque iniuria* (*Ritus M. Cur.*, 197). Il significato della denunzia è di obbligare il giudice a formare il processo inquisitorio, come dicono Gandino (276) e la *Practica Baldi* (f. 25): egli va punito se non accoglie le lamentazioni, le denunzie, le querele (*Breve Pistorii*, II, 7). Da questa esposizione risulta anche spiegato perchè la dottrina che aveva separato la denunzia giudiziaria dalla canonica, dicendo la prima *quaedam notificatio*, mentre la seconda era *quaedam monitio* (2), non aveva difficoltà ad associare le parole accusa e denunzia (3); risultato dovuto alla influenza del procedimento inquisitorio che assorbiva l'accusa come faceva sue la denunzia, la querela, la fama e il rumore (4).

Il denunziante non si iscrive, dicevano i criminalisti: egli può agire per danni, civilmente, senza farsi accusatore nel penale, che viene assunto e proseguito dal *procurator fisci*, o *advocator comunis* (5). Spetterà alla dottrina posteriore dare forma a un'istituzione originale, la costituzione di parte civile. Tutti invece

(1) Ciò risulta dai *Bandi lucchesi del sec. XIV*, ed. Bongi, 1863.

(2) Angelus de Gambil., pag. 46; Bonif. de Vitalinis, pag. 436.

(3) Alb. de Gandino, pag. 274; Durantis, III, de denunt.

(4) Breve Pistorii, I, 102.

(5) Ang. de Gambilionibus, pag. 18, 36; Bonifacius, pag. 422; Durantis, III, de accus.; Guido de Suzaria, *De maleficiis*.

Digitized by Google

erano tenuti alla denuncia *in crimine publico*, per bestemmia e sacrilegio. Il volontario doveva presentarsi al tribunale ad ogni richiesta; e a Napoli non si accoglieva denunzia *nisi denuntians se obliget ad certam poenam de probando et non concordari cum denuntiato sine licentia curiae* (id., 203); e dopo l'accordo non era più ammessa denunzia sullo stesso fatto (id., 200, 202).

Ma lo spirito fazioso che infuriò nei Comuni italiani e il sospetto che diresse la mano dei governanti al tempo dei podestà e delle tirannidi, favorirono lo spionaggio e quindi le denunzie anonime: e perchè la viltà e la calunnia fossero più sicure, le leggi ordinarono *de una cassa lignea fienda et tenenda pro denuntiationibus et querelis in secreto mittendis* (1). E sono famose le bocche della verità di Venezia. Anche a Firenze, narra G. Villani (IX, 29), nel 1322 si ordinò che ciascuno *potesse scrivere chi li parea fosse colpevole* di delitto di Stato: ogni popolare poteva fare cedula per iscrittura contro magnate e deporla in una cassa chiusa a due chiavi tenute dagli Esecutori degli Ordinamenti di Giustizia: ciò era detto la *tamburazione* (Forti, *Foro fiorent.*). La vita del cittadino e la sua libertà erano così esposte alle vendette occulte ma egualmente temibili, perchè sopra esse le autorità erano tenute ad aprire rubrica di processo.

§ 2. *Il procedimento inquisitorio o di ufficio.*

7. Ma si può dire che il Comune appena affermò la sua potenza nell'ordine politico, nello stesso tempo assunse il controllo della giustizia e la iniziativa nel perseguire i rei senza attendere accusa o denunzia *in scriptis* per mezzo dell'inquisizione. La Città-Stato volle realizzare la giustizia e la pace, e volle dai Consoli il giuramento di *inquirere* se mancava la *denunciatio* (2). In tutta Italia si istituiscono magistrature per scoprire gli autori dei reati, per-

(1) Breve com. Pistorii, 1284, II, 125. E lo Stat. di Bologna, 1294, pag. 135, parla di *cedula reperta in cassia*.

(2) Brev. pop. Pistorii, I, 83; II, 43; Stat. Ravenna, sec. XIII, I, 3; an. 1241: *Si forcia vel forfacta facta fuerit, et notorium et manifestum seu publicum aut mihi denunciatum fuerit, quamvis non sit querimonia facta mihi, tamen inquiram ac si querimonia mihi facta esset*: così il giuramento del vicario del vescovo di Genova, in Liber iurium reip. ianuens, in *Mon. h. patr.*, *Leges*, I, 858; CIBRARIO, *Storia della monarchia di Savoia*, I, 310; CANALE, *Storia civile dei Genovesi*, II, 315.

Digitized by Google

seguirli e punirli: molte offese prima considerate come vertenze private, lasciate alla transazione delle parti, rientrano nella categoria di violazione dell'ordine pubblico. In Sardegna i *iuratos de logu* vengono incaricati della polizia territoriale (l'*incarica*), dichiarati responsabili della scoperta dei rei e coinvolti se non presentano il reo confesso e convinto: quindi devono raccogliere le prove dei delitti, inquisire, arrestare (1). È una ragionata reazione contro la criminalità che è spaventosa, contro il silenzio complice di essa, contro inveterate consuetudini favorevoli alla vendetta privata, contro i dottrinari che, invocando il diritto romano, volevano l'accusatore e l'*inscriptio*, trovavano irregolare il procedimento inquisitorio o appena lo subivano perchè la Chiesa l'aveva adottato, il diritto longobardo l'aveva conosciuto (2). Gandino infatti lo giustificava, ricordando che *de iure lombardo potest iudex de quolibet maleficio procedere per inquisitionem*, e poichè nel Vangelo dicevasi: *Si nemo te accusat nec ego te condemno*, così concludevasi che anche l'inquirente era un accusatore. Giustificazioni superflue, perchè, come si è visto (vol. III, parte I, pag. 360) sotto le dominazioni dei Longobardi e Franchi iniziavansi procedure di ufficio cioè senza accusa, ogni volta che il reato era attestato da alcune probe persone o vi era la notorietà, perchè accanto alla procedura formalista del diritto comune ne esisteva un'altra nella quale il duello e il giuramento di purgazione non figuravano, e che era detta *per inquisitionem*. In principio solo il re, in virtù della sua autorità, aveva il diritto di inquisire, ma poi lo si era esteso ai suoi *missi*, e per quanto saltuariamente, incerta e senza norme determinate, una giustizia pubblica non mancava. Un vero e preciso ordinamento di essa si ebbe nel sec. XII, quando le leggi comunali investirono i Consoli dei più ampi poteri giudiziari, e meglio ancora nel XIII quando fu loro imposta l'inquisizione come un dovere specialmente nei casi di *crimen lesae maiestatis*, di ladroni di strada, grassatori, lenoni, sacrileghi, falsari, del *dominus occisus a familia sua* e dell'*accusator corruptus* che vuole recedere dalla accusa (3); inquisizione

(1) Carta de logu, 6, 16, 26, 38, ecc.; TUCCI, *Nuove ricerche sull'ordinam. giudiz. e il processo sardo nel m. e.*, in *Arch. storico sardo*, XIV, 1923.

(2) Gandino, Guido di Suzara e più tardi Bruno sostenevano che il vero processo doveva restare l'accusatorio.

(3) Così GANDINO, *De maleficiis*, rub. quomodo cognosc. per inq.; Stat. di Lucca, 1308 (ed. 1867), III, 3.

Digitized by Google

che non tardò ad essere estesa a tutti i reati che non fossero di natura privata, e anche nei casi di pravità usuraria, e divenne anche strumento di persecuzione in mano di quelle torbide oligarchie nelle lotte di fazione contro fazione. Così prese il primo posto, quale riconobbero anche i giuristi, come Roffredo Beneventano (m. 1234) (1) e Durante (III, *de inquis.*) che la accettava come opera « bene inventata dal diritto canonico e molto evidente ».

8. In questa sua prima fase l'inquisizione ebbe due aspetti o due stadi: singolare *contra aliquam specialem et nominatam personam*, generale *an iudex inquirat de aliquo maleficio* (id.), detta ancora preparatoria o solenne, collo scopo di accertare l'*in genere*, raccogliere indizi, sentire la voce pubblica che costituiva la *clamorosa infamatio* (2). Contro l'indiziato o *infamatus* istruivasi l'inquisizione speciale, condotta *arbitrio iudicis* (3), ma in iscritto, perchè regola fondamentale era che indizi, testimonianze, voce pubblica, *redigantur in scriptis* (4). Senza fama precedente non potevasi procedere a inchiesta e meno a cattura, salvo che nei delitti lievi nei quali non richiedevansi solennità (5). L'inquisizione restava sospesa per l'intervento di accusatore, purchè questi, detto *promovens*, non fosse persona sospetta, per pacificazione intervenuta fra le parti; e poi qualora la pena fosse rimessa per disposizione di legge. Il giudice prima di formare l'inquisizione doveva *prorogare partem offensam an velit accusare nec ne* (6). Il

(1) *Libelli super iure pontificio*, lib. III, cap. I, de inquis.

(2) ALB. DE GANDINO, rubr. de malef., pag. 278: *In primis est necessarium quod ille contra quem inquiritur sit infamatus de illo crimine, idest quod sit publica vox et fama... quod ad aures eius iudicis pervenerit illa talis infamia non semel sed pluries*; DURANTIS, III, I, de notor. crimin., 112: *iudex inquirit in genere, non contra certam personam: et facta inquisitione vocat nominatos in inquisitione quos intellexerit culpabiles vel suspectos ut dicant veritatem*, ecc.; BARTOLUS: *antequam ad investigationem procedat, debet iudex constare de maleficio: Rectores mittunt officialem ad videndum mortuum.*

(3) IAC. DE BELVISIO, *Practica crimin.*, 1515, lib. II, c. 15: *Iudex debet generaliter inquirere non contra certum, nisi instigante procuratore fisci aut oriatur ex infamia praesumtio.* Secondo la *Practica Baldi*, f. 26 l'inquis. si fa *motu iudicis aut per petitionem.*

(4) ANGEL. ARETINUS, *Tract. de maleficiis*, ed. 1598, pag. 9, n. 34; Costit. egidian., IV, 2.

(5) ANGEL. ARETINUS, n. 56, 61.

(6) HYPPOL. DE MARSILIIS, *Practica averolda*, 1535, § constante, n. 32, fogl. 7.

Digitized by Google

concetto dell'accusa, riguardata come il procedimento ordinario, gravava ancora sulle menti, come anche l'altro concetto che l'azione del giudice integrava quella del privato offeso, così formulato: *inquisitio criminalis non competit reipublice, ubi non oritur actio civilis* (1). Erano persistenze delle nozioni privatistiche nella repressione dei reati.

Quando la voce pubblica indicava il colpevole, il giudice poteva tralasciare l'inchiesta generale e iniziare subito la speciale: però doveva *constare de maleficio*: *et ideo rectores mittunt militem vel alium officialem ad videndum hominem mortuum et vulnera*, ecc. (2). Gli inquisiti dovevano essere citati e darsi loro copia dei *capitula* e comunicarsi i nomi dei testimoni, riservando loro le dimostrazioni, eccezioni e repliche tanto contro le persone dei testimoni che contro le loro deposizioni, e dovevano anche venir citati nell'audizione dei testi (3). Il giudice dalla voce, dall'atteggiamento dell'imputato poteva trarre qualche presunzione di colpabilità, come dalla fama pubblica (4).

Se l'inquisizione era *cum promovente*, allora il suo nome era scritto agli atti, e l'inquisito era citato avvisandolo del crimine per cui era infamato, e dell'accusatore: se confessava, procedevasi *non servata forma iuris ordinarii*, dandogli termine a difesa e a proporre eccezioni e repliche coll'assistenza di avvocato; *et aperientur testes de quibus fiet ei copia*. Se negava, stabiliva il giudice se l'inquisito era persona di buona o mala fama; e non poteva procedere per inquisizione alla prova del crimine *donec constiterit eum de obiecto crimine infamatum unde promotor inquisitionis debet probare quod iste sit de illo crimine infamatus* (5). L'imputato di reati atroci o recidivo o gravato di indizi seri o di testimonianze sostenute da due persone di buona fama era carcerato (6); negli altri casi aveva libertà provvisoria dando cauzioni o malle-

(1) HYPPOL. DE MARSILIIS, Id., n. 34. ANGELO ARET., pag. 6, dice che l'inquis. può darsi ad utilità pubblica e privata.

(2) ANGELUS ARETIN., pag. 40.

(3) ALB. DE GANDINO, pag. 281.

(4) DE GANDINO, r. quomodo de malefact. cognosc. super inquisit., n. 9, pag. 278: *in eis talibus non debeat inquisitio publicari et sic non fiet eis copia inquisitionis qui est malefactor et alias male famae.*

(5) Id., n. 10.

(6) Stat. di Vercelli, 1241, c. 437; Bologna, 1295, ed. FRATI, pagina 297.

Digitized by Google

vadori [1]. Generalmente però l'inquisizione speciale era accompagnata dal *mandatum de capiendo*.

Per la prova dell'infamia bastavano due o tre testimoni di buona fama, i quali interrogati dicessero *apud quos sit illa infamia... quod viderunt vitare eius familiaritates... sufficit si dicunt quod de illo maleficio est rumor vel fama in tali contrata contra istum non nominando aliquas singulas personas*. L'inquisito potrà opporre che queste voci partono da nemici suoi, da persone vili e malevole.

L'inquisizione *nullo promovente* o *ex officio* era invece promossa dai *curatores fisci* o *advocatores Comunis* ben presto istituiti nelle città o dai *massarii, ministeriales, syndici, consules locorum*, anziani, soprastanti, ufficiali della notte o da uomini legali nominati da ogni università, cui era obbligo denunziare i reati ai *iudices maleficiorum* che dovevano controllare le denunzie [2]. L'inquisito in tal modo dopo di aver ricevuto copia dei capitoli dell'accusa, coi nomi dei testimoni, doveva giurare *de veritate dicenda* [3], giustificare la sua *fama*, presentare le sue difese, senza sostenere contraddittorio col giudice « perchè non deve stare contro di lui come contro avversario ». I testi erano ricevuti solo sugli articoli e non sopra la condotta e vita antecedente.

9. Per fare un'esposizione sistematica si può dire che il giudice poteva essere investito di un procedimento penale in quattro modi: per accusa, per denunzia, per pubblica fama, per flagranza. Sulla denunzia, non nasceva da questa l'obbligo del giudice di istruire informazione secreta, dovendo anzitutto esaminare l'attendibilità del denunziante se privato. Pei pubblici, cioè per quelli investiti della polizia giudiziaria nelle campagne (i *camparii* scelti tra i probi proprietarii della *comunitas*) [4], si è detto come

---

(1) Stat. di Padova, 1280, c. 80; Torino, 1360, in *Hist. p. Mon., Leges*, I, 648; Modena, 1327, IV, 9; Parma, 1494, c. 119.

(2) A Roma Innocenzo VIII, 1485, ordinò che *advocatus fisci in omnibus criminalibus causis interveniat*, Bullar. rom., V, 321; VI, 218. Così in Sardegna, Cap. sard., IV, 1. Vedi Costit. egidiane, IV, 3.

(3) Stat. di Ivrea in *Hist. p. Mon., Leges*, I, 1243, 1307; Alessandria, 1297; Brescia, 1313; *id., Leges*, II, 520; Padova, n. 741, 742. Per Siena v. NULLI, *La procedura penale nella repubblica senese secondo lo statuto del* 1310, in *Studi senesi*, 1888, V, 79.

(4) Vedi processi e formulari di processi italiani, bolognesi specialmente in KANTOROWICZ, *Gandinus*, I, 204, 318, 321, e sulle op. di Gandino, lo stesso K. in *Zeitschrift f. Rechtsgesch*, parte roman., vol. XLIV, 1924.

Digitized by Google

alle loro accuse fosse data piena fede *absque alia probatione* (1), salvo querela di falso. Invece le denunzie dei privati volevansi accompagnate da prove e da cauzioni, e se trovate false, erano punite per reato di calunnia.

La pubblica fama, anche senza denuncia, dava luogo all'apertura di informazioni: *certe iure canonico et civili iudex ex officio potest procedere infamia praecedente... de hac facienda est inquisitio quam iudex non tenetur parti ostendere nisi velit.* (2) Questo segreto, proprio della *inquisitio haereticae pravitatis*, fu specialmente osservato nei procedimenti straordinari, ma censurato dal Guazzini nella sua *Defensio inquisitorum*: e leggi e pratica autorizzavano i magistrati a procedere a inquisizione *servato iuris ordine vel non — iure aliquo non obstante, cum accusatione vel sine*, e non erano tenuti *ad observantiam in solempnitatibus iudiciarii ordinis*, potendo procedere *summarie et de plano*. E anche completa assenza di formalità era accordata nei reati di robarie, incendi, assassinio *et alia gravia*, pei quali bastava la voce pubblica da provarsi *per homines terrarum vicinarum* (3): erano i governi più preoccupati di incutere terrore ai tanti delinquenti che di rispettare le forme di un'illuminata giustizia (4). Unica garanzia per l'inquisito doveva riuscire la speditezza del processo, che in Piemonte doveva esaurirsi entro 5 giorni se era carcerato, mentre per le denunzie era prorogato a un mese (5).

L'imputato poteva in alcuni casi liberarsi dalla custodia presentando mallevadori ad arbitrio del console (Cons. Milano, 6), e se la pena era pecuniaria, depositandola nelle casse pubbliche (Milano, 1396, II, 20, 146): e perchè i poveri potessero trovare mallevadori, volevasi che dette multe fossero subito fissate al momento della cattura (Brescia, 1470, crim. 16).

Pel resto arbitrio e segretezza: gli si comunicava l'atto di accusa, ma si tacevano i nomi dei testi (6): la tortura inflitta a chi

---

(1) CIPOLLA, *Doc. piemont. sui campari, Accad. di Torino*, XXXIV, 1899.

(2) Stat. Canavisii, ed. FROLA: Alice, 1514.

(3) Così le Costit. egidiane, IV, 1; Stat. di Perugia, 1342, ed. DEGLI AZZI, III, 1-31; Modena, 1327, III, 1; Siena, cit.

(4) V. KOHLER u. DEGLI AZZI, *Florentiner Strafrecht des XIV Jahrh.*, 1909, pag. 233; BOHNE, *Freheit Strafe in den italien. Stadtrechte*, 1922, pag. 169.

(5) Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 34, ed. NANI.

(6) *Sine testibus*: Stat. Milano, 1396, II, 2, 39; Monza, 1333, f. 58-63; Brescia, 1355, f. 39; 1385, f. 43; 1470, 21; Bergamo, 1391, f. 88; 1422, 541; 1430, f. 157; Brescia, 1313, II, 53; LATTES, 149.

Digitized by Google

non era informato dell'accusa: nessuna pubblicità del giudizio, nessuna assistenza di avvocato negli interrogatori. Soltanto prima della sentenza l'imputato poteva presentare la difesa e avere difensori che adducessero testi e discutessero le prove. La struttura del processo era calcolata sul rito civile, a cominciare dalla *lit. cont.*, alle posizioni, alle eccezioni (1). Nemmeno il segreto era proprio del criminale, perchè vedremo nel civile la richiesta del consiglio fatta segretamente. Vi era di più la tortura inflitta anche al reo confesso sospettato autore di altri delitti. Un cumulo di errori derivati dai secoli della barbarie gravava sul processo, e la scienza poco o nulla aveva fatto per eliminarli: i testi interrogati da ufficiali subalterni, quelli a difesa non ammessi che coll'autorizzazione del giudice e dopo quelli di accusa, il secreto mantenuto fino alla sentenza, l'imputato sottoposto a interrogatori spesso perfidi, tenuto in carcere, senza limite di tempo alla detenzione primitiva. Tale il procedimento italiano fino a tutto il sec. XV, quale è anche esposto dai criminalisti, Alberto da Gandino, Bonifacio de Vitalinis, Iacobo Belvisio (m. 1335), Angelo de Gambilionibus (m. 1445), Ippolito de Marsiliis (m. 1525). Nelle loro opere non trovasi una protesta e nemmeno un desiderio di riforme, quale invece formulò nel 1543 un francese, Giovanni Costantino, conoscitore dei nostri criminalisti: *vide duritiem iniquissimam per quam etiam defensio aufertur*. Nè questi mali erano prossimi a essere corretti.

§ 3. *Il procedimento criminale a Napoli e in Sicilia.*

10. La dominazione normanna introdusse nel Mezzogiorno alcuni istituti procedurali propri della Francia settentrionale, e vi ebbero lunga vita e largo sviluppo: per origine collegavansi al procedimento *per inquisitionem*, che era in seguito divenuto una inchiesta col nome di *aprise*, possibile quando l'arrestato per sospetto si sottometteva di sua volontà, *di buon grado*, eufemismo perchè era sottinteso che lo si poteva costringere colla *dure prison à peu de boire et de manger*. Ma in Normandia vi era anche un'in-

(1) Un glossatore napoletano, Benedetto d'Isernia, riferisce che in certi luoghi si ammetteva una *lit. cont.* così formulata: *nego aut dubito*: se risulterà che feci, fu per mia difesa: nei *Iuris interpretes sec. XIII*, ed. MEYERS, Nap., 1924, pag. 18.

Digitized by Google

chiesta generale o procedura di ammonizione che veniva indetta dalle autorità e che aveva grande somiglianza colle riunioni sinodali dei vescovi nei quali i fedeli riuniti denunziavano i colpevoli nascosti fra essi. Questa contumacia se non copiata dal diritto della Chiesa, certo modellata su quelle riunioni che tenevano conti e vescovi per accertarsi degli scandali e reprimerli, non produsse risultati durevoli nell'ordinamento ecclesiastico, ma invece ebbe un seguito nel giurì di accusa di Fiandra, di Normandia, d'Inghilterra, in quella pratica cioè per cui a un dato giorno l'autorità convocava gli uomini di un distretto perchè denunziassero i reati avvenuti e gli autori (1). Noi troviamo questa pratica in Sicilia, sancita dalle leggi di Federico II.

Il principio a cui sono ispirate le *Cost. r. Siciliae* è l'eguaglianza di tutti di fronte alla legge giudiziaria: *Nos in iudiciis aliquam distinctionem habere non volumus personarum sed aequa lance, sive sit Francus aut Romanus, aut Langobardus qui agit seu convenitur, iustitiam sibi volumus ministrari* (II, 17). Il procedimento delle Costit. è essenzialmente il romano-canonico con alcune innovazioni di origine normanna. Romana sarebbe l'accusa che è detta *ordinarius modus procedendi*, e che era un diritto di tutti, azione popolare, come è detto colle parole *quivis de populo* (I, 28), pei *publica crimina*, quali l'eresia, l'usura, l'omicidio: azione repressa con gravi sanzioni contro i calunniatori (II, 14), il talione e la confisca (II, 12, 13). Questa forma di giustizia parve ai Siciliani costituire il loro diritto, essere la carta costituzionale dell'isola in guisa che soltanto *cum accusatore* si dovesse muovere processo ed essere tradotto davanti ai tribunali: e tale diritto rivendicarono i Palermitani nel 1233 ottenendo da Federico II il riconoscimento dell'*accusatio* come il solo procedimento ordinario nelle loro cause criminali (2): in modo che essi avevano sempre licenza di transigere e comporre le cause penali come fossero civili, e al giudice era tolta qualsiasi ingerenza, e tanto più perseguire di ufficio il reo. Le consuetudini di Palermo tradussero in regola che il cittadino non dovesse giurare di continuare nell'accusa o denunzia ma se ne potesse ritrarre a sua volontà, e potesse *pacisci licentia curiae nullatenus postulata* (67).

---

(1) BRUNNER, *Entstehung der Schwurgerichte*, 1872, pag. 41, 154, 291, 458; MAYER, *Geschworengerichte und Inquisitionprozess*, 1916, pag. 158, 291.

(2) Il privilegio è in MORSO, LAMANTIA, *Stor. d. legis. sic.* ed è riportato a pag. 362 del I vol. di questa *Storia*, e vedilo anche più oltre a pag. 367.

Digitized by Google

Il privilegio era diretto contro il procedimento straordinario della *inquisitio*, introdotto dai Normanni, che era un mezzo extragiudiziario, di polizia, di investigare sulle condizioni della criminalità e sicurezza di un distretto. Non si trattava della inchiesta di un fatto singolo, ma di una *generalis inquisitio de malefactoribus et hominibus malae conversationis et vitae*; infatti troppo generica per dare affidamenti. Per essa non occorreva accusa o denunzia e nemmeno ascoltar testi (I, 53), bastando la *fama publica et multi de terra*. Il giustiziere o i suoi ufficiali, promulgato l'*edictum de inquisitione generaliter facienda* udivano le relazioni delle autorità, le lamentele dei privati contro queste *de damnis et iniuriis*, come anche le accuse formulate per qualche reato, che poi dovevasi sostenere e svolgere secondo il rito ordinario. Intanto si raccoglievano le deposizioni dei testi e si iniziava un'istruzione che poi serviva al giudice che, ricevuta la regolare accusa, riudiva i testi e pronunciava la sentenza. A quest'assemblea era libero ognuno di tacere o parlare, ma se qualche notizia concreta emergeva o dalla voce pubblica o dalle deposizioni di alcuni testi, allora l'assemblea assumeva l'aspetto e le funzioni di un giurì di accusa, che obbligava il giudice a procedere contro l'indiziato o accusato col rito ordinario. Perchè in tal modo il reato è pubblico (II, 10), l'imputato è *notabilis* (I, 53), contro il quale il giudice non può stare passivo.

Tale *inquisitio generalis* normanno-sicula non ha relazione alcuna con quella dell'antico diritto canonico e nemmeno con quella di Innocenzo III, che nella forma impressavi dal papa è anteriore alle disposizioni fridericiane (v. parte I, pag. 358 di questa *Storia*) e nemmeno colla *inquisitio* degli statuti italiani. L'importarono i Normanni; ed ebbe applicazioni fin dal sec. XII [1]: si interrogavano persone perchè deponessero la *verità*, quella che nelle consuetudini francesi restò col nome di *franche verité*. Non il fatto che anche la Chiesa aveva nei suoi ordinamenti queste inchieste colle visite compiute dai vescovi nelle diocesi ebbe influenza nel fare accogliere da Federico II questa *inq. generalis*, perchè egli la elevò a base della sua polizia pel mantenimento dell'ordine nei suoi Stati.

---

[1] an. 1158: *interrogavi homines et coniuravi complures si scirent*, ecc. DEL GIUDICE, *Cod. dipl. angioino*, I, app. I, n. 9; ZECHBAUER, *Das mittelalterl. Strafrecht Siziliens*, 1902, pag. 194.

Digitized by Google

11. Le *Const. sic.* autorizzavano anche l'*inquisitio specialis, de specialibus causis et ad singularium delationes.* Vi alludono le disposizioni sugli omicidi e i danni clandestini, *quorum actores inveniri non possunt* (I, 28): allora *inquisitionem fieri volumus diligenter*: si deve procedere *iuxta probata inquisitionis* (1). Se risultano sospette *leves personae, ad tormenta ipsarum personarum levium et vilium decernimus descendendum.* E ancora per mezzo di procedimento inquisitorio dovevasi ricercare i rei di maleficii clandestini, come il taglio di alberi e l'incendio di case (I, 27). Il giudice doveva valersi di notizie raccolte per *homines loci*, o della voce pubblica o sopra denunzia. Però questa *inq. specialis* era sottoposta a non poche limitazioni: non poteva farsi che nei casi prescritti dalle leggi e su *mandatum speciale nostrae conscientiae*; i casi sono: lesa maestà e quelli pei quali l'inquisizione è ammessa. Si dovrà avere autorizzazione regia: si riferirà al sovrano gli estremi del reato, chi è il delatore, il numero e la qualità dei testi: si osserveranno tutte le solennità *secundum iura comunia* (I, 53): così l'*inq. specialis* non era iscritta fra i mezzi del procedimento ordinario (2), occorrendo un comando del re per il giudice, emesso su richiesta dell'offeso, nel caso che il reo non fosse conosciuto (3): e da ciò emerge come l'accusa mantenne il primo posto, fosse quella formulata da un privato o provenisse da *multi de populo* raccolti attorno al giustiziere in occasione della *generalis inquisitio*. I Palermitani chiedevano privilegi per essere sottratti alle due forme di *inq.* e per essere tradotti in giudizio solo per accusa diretta; ma veramente l'importante era che non fosse contro essi applicata l'*inq. specialis* quale era regolata dal diritto canonico, e quale vigeva nei Comuni dell'Italia settentrionale e centrale. Nè Federico pensò di armare i suoi giudici di quei poteri così larghi che erano conseguenti al procedimento inquisitorio.

In tali inquisizioni la fama pubblica esercitava grande impor-

---

(1) Così è detto nelle Formole M. Curiae, ed. WINKELMANN, *Acta imperii inedita*, II, 721; KANTOROWICZ, *Studien zum altitalienischen Strafprozess*, nella *Zeitschrift f. d. gesammte Strafrechtswissenschaft*, XLIV, 1923, pag. 97.

(2) Formula in WINKELMANN, n. 960; PETRUS DE VINEA, *Ep.*, V, 64.

(3) È inteso che il re può sempre avocare a sè le inchieste come la cognizione, e Federico mantenne la *cognitio imper.* di origine romana, con carattere *extra ordinem*, sussidiaria dell'accusa; MOMMSEN, *Strafrecht*, 340, 346, 307, 321; GEIB, 507, 630; BIENER, 12.

Digitized by Google

tanza come incitamento al giudice, e doveva nella generale essere affermata *per decem aut plures communi fama bonae opinionis, per decem bonae opinionis viros non inimicos*. Questi facevano la denunzia o *delatio*: la prova doveva essere data da testimoni diversi da quelli *qui contra ipsum inquisitionem deponunt* (I, 53): procedura complicata, ma offrente maggiori garanzie in confronto del procedimento inquisitorio degli statuti. La denunzia per fama poteva decidere il *notatus* o *notabilis*, il *diffamatus* alla confessione; ma intanto era tenuto a dare fideiussori se voleva scampare dal carcere preventivo, che l'attendeva se preso in flagrante, se imputato di reato pubblico e notorio *publica facta inquisitione* (II, 10). È notevole ancora che il giudice doveva dare copia dell'inchiesta a questo diffamato, *facta copia nominum tantum omnium testium non dictorum nec eorum specialiter qui intra ipsum inquisitionem deponunt* (I, 53); ma egli era abbastanza informato dell'accusa pei risultati della voce pubblica raccolta dai dieci probi uomini in quella *summaria inquisitio* diretta dal giustiziere: alla quale seguiva pubblica discussione. Che se la voce pubblica non si fermava su alcuno, allora aveva luogo un'altra inchiesta, nella quale *si ex ipsa inquisitione leves personae aliquae de homicidio ipso notentur*, ma senza prove *ad plenum*, si applicava la tortura (I, 28): e se anche questa non produceva la confessione, si multavano i possessori del luogo dove l'omicidio era stato perpetrato.

12. Gli Angioini mantennero a Napoli le due inquisizioni, la generale, cioè quella che ogni anno dovevano fare i giustizieri nella loro provincia, e la speciale per ordine regio contro determinati imputati di gravi crimini; ma le estesero talmente da suscitare rimproveri da parte del papa (1), e proteste da parte dei Napoletani, che ottennero privilegio di non essere processati che per accusa (2), come l'ottennero i Palermitani e i Messinesi da

(1) DEL GIUDICE, *Cod. dipl. angioino*, II, 28.

(2) SICILIANO, *Consuet. di Palermo*, c. 9; LAMANTIA, *Consuet. delle città di Sicilia*, 1900, pag. 234: *officiales per modum inquisitionis generalis vel specialis aut alium extraordinarium modum in privatis et publicis criminibus... non debent procedere ex eorum officio vel ad denuntiationem etiam alicuius et praecipue quando patratores criminum nequeunt inveniri*. Esso è certo anteriore alla Cost. I, 53, che è un'aggiunta posteriore al Codice di Melfi e promulgata dopo il 1240 (CAPASSO, *Storia esterna delle Cost. del regno di Sicilia*, pag. 29) e che del resto parla della inquisizione come di una istituzione preesistente (cfr. I, 40, 52; II, 10, che si trovano anche nel Codice greco e sono quindi del 1231 o anteriori).

Digitized by Google

Federico III di Aragona (1), e i Torinesi nel 1435 (2), tutti atterriti da tal procedura segreta, arbitraria mossa da denunzia anonima, da diffamazione imprecisa, senza difesa, strumento terribile di vendette e anche di persecuzioni politiche. E anche dopo che a Napoli Roberto (1329) aveva limitato il procedimento ai reati punibili con pene corporali, contro chierici o vedove e quando non vi era accusatore (3), in realtà esso era divenuto il principale, applicabile in tutti i casi: e si ha per certo che quei privilegi restarono lettera morta, specialmente sotto la dominazione aragonese che, sull'esempio spagnolo, dava il primo posto al procedimento di ufficio. Avendo i Palermitani allegato il loro privilegio di essere giudicati solo per *accusatio vel delatio* contro un'inquisizione generale ordinata dal Vicario per frodi all'erario, il re (1274) ordinò verificare se era autentico; e, in caso affermativo, di *inquirere* non da parte del Vicario ma dal re contro il quale non vale privilegio (4). I Palermitani ottennero in seguito conferma della loro prerogativa: Giacomo promulgò legge *de proibita inquisitione contra certam personam* (c. 25), e vietò le inquisizioni generali, e ciò ripetè Federico nel 1269 (c. 10), perchè *per illas pluries non delinquentes sed innocentes affligebantur indebite*; e Martino nel 1403: *li cause criminali canuxiranno* (i giustizieri) per via di *accusationi sive denunciationi non per via di inquisitioni, excepto per espresso comandamento*. E ancora nel 1406 ottennero i Palermitani che nemmeno il re potesse fare inchieste (5).

E dippoi nei Capitoli di Alfonso (149) si rinnova l'ordine che solo si proceda per accuse (6): e così nelle Cost. pramm. di M. A. Colonna (7) e di Carlo V del 1543 (c. 207): *Quod admittatur ad accusandum solum is de cuius interesse agitur* (8). Con altre

(1) Del Giudice, *Codice diplom. angioino*, II, 20.

(2) Cibrario, *Storia di Torino*, 1846, II, 20.

(3) Capit. Roberti: si temporum alternata; ne tuorum in ipso.

(4) Del Giudice, *Diplomi inediti*, 1871, pag. 17; Amari, *Guerra del Vespro*, I, 183.

(5) De Vio, pag. 192; Morso, pag. 10.

(6) E anche cap. 359 del 1446; cap. 430 del 1451: de non procedendo per viam inquisitionis vel denunciationis in crimine nefando.

(7) *Delli nefandi*, § 1, pramm. un.

(8) È riconferma del privilegio di Alfonso, 1442: divieto di procedere senza accusa di persona interessata, eccetto in crimine di eresia, lesa maestà, usura; De Vio, pag. 282, 297; Morso, *Dilucidat. ad privilegium Alphonsi regis quod fiscus non possit agere contra cives Panormi*, 1660.

Digitized by Google

leggi fu limitato il procedimento di ufficio solo alle cause di offesa a vedove, pupilli, chiese, anche mancando l'accusa. E così anche Giacomo d'Aragona ottenne il favore dei Siciliani riservando le inquisizioni alla sua curia, abolendo le leggi che facevano responsabili le Università dei reati non scoperti, ordinando che agli imputati fosse data copia degli atti e facilità di difendersi (1).

13. Forse in Sicilia a rendere gli abitanti così ostili al procedimento inquisitorio contribuirono le leggi fridericiane relative all'*inquisitio haereticae pravitatis* da compiersi dai pubblici officiali *ex officio etiam nemine deferente*, assistiti dal vescovo. Così si introdusse nell'isola l'inquisizione ereticale, poi condotta da ecclesiastici, *inquisitiones citra et ultra forum*, a cui Angioini e Aragonesi prestarono il braccio secolare, estendendola contro gli ebrei. I cittadini di Marsala nel 1402 riguardarono come favore speciale poter appellare al re, se imputati di eresia. I bei giorni dell'inquisizione siciliana furono sotto i Vicerè, che però a Napoli non riuscirono a darle lo sviluppo sperato (2).

Il processo criminale siciliano ebbe altre particolarità che lo distinsero da quello del continente: per es. il divieto di incarcerare chi dava fideiussori (3), ripetuto fino al sec. XVIII: « nei delitti a relegatione per la carcerazione abbisogna qualche prova o sufficiente indizio o in flagranti: ma per le persone benestanti ed approvate, ammessa invece idonea pleggeria, ecc. » (4): — il di-

---

(1) Capit. Jacobi, 25, 22; Friderici, 10; Martini, 31; Alphonsi, 359, 430, ed. TESTA. Per Napoli, vedi Caroli II, de inquis. faciendis, rub. generales inquisit., e rub. subiungendo; Cap. Robertus, Const., III, pridem per diversas, 1316; cap. ut delatas, 1324; Ritus M. R. C., 70.

(2) Sull'inquisizione contro gli eretici: FLORENTE, LEA, *Storia d. inquis.*; LANGLOIS, *L'inquisition d'après les travaux recents*, 1902; LEVALLÉE, *Hist. de l'inquisition réligieuse d'Italie, d'Espagne*, ecc., 1888; AMABILE, *Il Sant'Uffizio dell'Inquisizione in Napoli*, 1892; BATTISTELLA, *Il S. Uffizio a Bologna*, 1905; BERTOLOTTI, *Id. a Mantova*; LAMANTIA, *Origini e vicende dell'Inquis. in Sicilia* (*Rivista storica ital.*, III, 1886); SARPI, *L'inquis. a Venezia*.

Trattati sul procedimento inquisitorio contro gli eretici: ALBERGHINI, 1642; BERNARDI GUIDONIS, ed. 1886; CARENA, 1669; COMENSIS, 1510; DI GREGORIO, 1640; EYMERICI, 1578; FRANCHINA, 1764; GARCIA, 1714; GIUNTA, 1748; MANGE, 1725; MENGHINI, 1687; LUDOVICUS DE PARAMO, 1598; SERIO, 1660.

(3) Cap. Corradi, 5; Jacobi, 15, 49, 55; Friderici III, 13; Alphonsi, 141, 146, 151; Const. Pramm. di M. A. Colonna, 1583, pag. 2, della presentazione dei delinq., § 1; 1597, Pramm. 12, § 1 e 2, tom. I; pramm. un., titolo XXVII; Sic. Sanct., V, pag. 87, an. 1751.

(4) Istruz. per l'ammin. della giustizia civ., pag. 41.

Digitized by Google

vieto di torturare persona onesta e di buona fama *ad dictum unius testis* (1) — il divieto di condannare a morte se il delinquente non confessava nella tortura sebbene convinto da testimoni di vista (2) — la facoltà di concordare per qualunque accusa, *etiam in praeiudicium fisci*, cioè quando il fisco poteva procedere per inquisizione o dietro denuncia, salvo il caso di eresia e di delitti punibili con pene corporali (3).

14. Furono in uso procedure straordinarie, in periodi di guerra, di peste, o quando il paese era infestato da ladroni. Non solo si istituirono tribunali straordinari (4), ma si ordinava l'abbandono di tutte le forme, *summarie, sine figura iudicii*. A tali procedure si riferiscono le lettere *de arbitrio* di Roberto di Angiò (5), colle quali si escludeva anche la difesa di avvocati, perchè la *vendetta* fosse celere, e si ordinava di procedere di ufficio nei delitti puniti con pena capitale o con mutilazione, sottoponendo gli imputati a tortura, negando la libertà provvisoria, facendo inquisizioni speciali e generali, senza denunzia, sulla pubblica fama, senza la presenza dell'inquisito, e sentenziando *iuxta arbitrium*, perchè *in talibus est ordo ordinem non servare* (6).

§ 4. *La parte civile.*

15. Ai criminalisti italiani del sec. XIII al XV devesi attribuire il merito di aver posto le basi dottrinali sì di ciò che si attiene al reato che al procedimento: i successori hanno completato, perfezionato, ma poche novità introdotto. A questa asserzione viene in appoggio il modo interamente nuovo, ignoto al diritto romano e canonico, con cui considerarono l'accusatore nel procedimento accusatorio o inquisitorio, col risultato che la giurisprudenza italiana fino dal sec. XIII era pervenuta a disciplinare quell'istituto che ora ha nome di *parte civile*. Dunque niente ori-

(1) MUTA, *Comm. ad Consuet.*, n. 54.

(2) Pramm. di M. A. Colonna, parte II, rub. 2, dei delinq. convitti.

(3) Jacobi, 43; Friderici, III, 14; Alphonsi, 360, 467, 503; Ritus M. R. Curiae, 145, 146, 147.

(4) GENTILE, *Giunte di Stato a Napoli*; TRIFONE, id., *nel sec. XVIII*, 1909.

(5) CICCAGLIONE, *Lettere arbitrarie*, in *Riv. italiana delle scienze giuridiche*, 1900.

(6) Cap. Robertus, an. 1313, c. cum sceleratis.

Digitized by Google

gine francese, quale si ripete fra noi, accolta per l'oblio in cui sono tenute le fonti dottrinali del diritto italiano e che travolge tutto il patrimonio della nostra antica scienza giuridica. Per la sola ragione che quel nome trovasi nelle Ordinanze francesi, nei pratici francesi, donde lo presero i Codici italiani del sec. XIX, così si disse e si ripete che l'istituto della parte civile proviene dalla Francia. L'origine è invece italiana ed è congiunta allo sviluppo del procedimento inquisitorio, che partiva tanto da un'accusa o querela presentata da ogni persona ritenutasi offesa o danneggiata, quanto da una denunzia. Durante l'istruttoria, l'accusatore o querelante contribuiva colle sue deduzioni e informazioni a dare al giudice elementi per una sentenza di condanna che serviva poi come titolo alla rifusione del danno sofferto. Si è visto che muovere accusa era riservato a chi era vittima di un crimine o a chi competeva la vendetta o riparazione per un parente ucciso: *sua intersit* è la parola usata dai criminalisti. La *Practica Baldi* (1528, f. 22) alla r. *de libellis criminalibus*, ricordati i quattro modi con cui si conosce di delitto (accusa, denunzia, inquisizione, eccezione) avvertiva che nei reati di pubblica persecuzione come nei privati era ammesso l'intervento di colui che dimostra *quod sua intersit ut talis sit admittenda accusatio*: ed aggiungeva che *plures actiones competunt ex eodem facto sive civiles sive criminales*. L'azione civile appartiene al danneggiato e può esercitarsi innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale. Ciò dice il codice nostro, come lo diceva Durante che chiamava *mista* la causa (1) *quae eadem sententia terminatur* (2): *pro parte fisci dicitur criminalis, pro parte partis dicitur civilis* (3).

La posizione dell'accusatore era quella del querelante e della parte civile, secondo il processo moderno, dal momento che era finita la *inscriptio* e il giudice procedeva *ex officio*. La sua responsabilità si riduceva alle spese nel caso che la sua querela non fosse provata: egli, offeso e danneggiato, aveva nell'inquisitorio una funzione secondaria, quella di parte privata, che ora dicesi parte civile chiedente i danni. Può ingenerare qualche equivoco il

(1) II, de contumacia, § 3 sequitur; II, de incid. quaestion.; I, de iurisdict. omnium iud.

(2) BARTOLUS, ad l. 3, cum civili, Cod. de ordine iudic., III, 8; ad l. 1, Dig. de edendo, II, 13.

(3) BALDUS, ad l. 1, Cod. de legatis, VI, 37.

Digitized by Google

nome di accusatore che continuò ad avere nelle leggi, ma è lo stesso equivoco che è nella condanna al risarcimento del danno che ebbe il nome di pena, equivoco cioè solo verbale. Già, come si è detto, al tempo di Gandino era *de generali consuetudine* che in ogni delitto il giudice procedesse *ex officio et sic per inquis.* e lo stesso ripetono Durante e Baldo che videro ciò *comuniter observari* (1). E tale era il diritto ordinario, come si esprime Claro (§ fin., qu. 3) al sec. XVI: *hodie de consuetudine in quocumque crimine fiscus efficitur accusator et advocati et syndici fiscales assumunt partem accusatoris etiamsi pars non querelet ut quotidie videmus in practica observari.* Il carattere della querela era stato bene precisato da Maranta nel senso di intervento del privato in giudizio penale già iniziato di ufficio, e che prosegue il suo corso anche nel caso di remissione da parte del privato (2).

E allora nemmeno si può dire che quegli che è chiamato accusatore esercitasse l'accusa privata e concorresse col fisco attore principale nel processo, che avesse cioè una funzione semipubblica. Il fisco non aveva bisogno di tale partecipazione: poteva essere incitato dal privato denunziatore di un reato dal quale gli derivava un danno; ma anche senza la denunzia o l'accusa il reato non sarebbe rimasto impunito. Lo Stato era in grado di conoscere tutte le violazioni all'ordine giuridico e reprimerle anche senza accusa o denunzia privata: e d'altro lato pel danneggiato non era necessario di aver accusato per essere poi indennizzato, cioè per costituirsi, come ora si dice, parte civile, in quanto tali danni poteva chiedere separatamente con causa civile, dopo che era pronunziata la sentenza penale, oppure cumulare la sua azione a quella pubblica (3). L'autonomia di esse era già raggiunta dalla pratica e dottrina italiana, che riconosceva la tutela dell'ordine pubblico e quella degli interessi privati essere indipendenti, ma poter essere coincidenti. Infatti Maranta (VI, quid est notandum, pag. 496) dichiara espressamente che col presentare querela non nasce alcun obbligo di esser parte nel giudizio, e il criminalista Follerio, dopo di aver detto che il giudice deve di-

(1) A. DE GANDINO, pag. 274; DURANTIS, III, de inquis., § quando autem; BALDUS, l. ea quidem, Cod. de accus. IX, 2.

(2) *Speculum*, VI, quandoque appellantur, n. 117, pag. 495; p. IV, an sit iudicium, n. 56, pag. 65.

(3) Se ne è già parlato a pag. 355; vedi inoltre BARTOLUS, l. reum, Cod. de procur., II, 13; e Cod. quando civilis, IX, 31; l. fin., Cod. de ord. iud., III, 8.

Digitized by Google

chiarare all'inquisito se procede *ad querelam vel ex officio* aggiunge: nel caso di querela *mandetur querelanti si intendit facere partem in iudicio, sed oportet declarari* (1): dunque il querelante poteva aderire o astenersi o far causa separata. Se aderisce si avrà causa mista, così definita dal piemontese Della Chiesa: *quando agitur tum ad poenam pecuniariam applicandam fisco tum etiam ad paenam applicandam parti, nempe quando in causa criminali proponitur etiam interesse partis, dicitur causa mixta, criminalis quatenus concernit publicam vindictam, civilis quatenus respicit interesse privatum* (2).

Fin dall'epoca comunale mai poteva dirsi che fosse impedito al fisco di querelare *ex mero officio*, e che non procedesse *remittente* o *desistente accusatore*. Così in ultimo anche a Napoli, ove solo si discuteva potesse il fisco procedere per le ingiurie private (3); vi erano alcune università che godevano privilegio di non procedersi in causa criminale se non per accusa (4): ma tali eccezioni non infirmavano la regola. Lo stesso Claro (§ fin., qu. 3) ricordando che a Napoli nessuno è ammesso ad accusare *nisi suam vel suorum iniuriam persequatur*, e aggiungendo *in Francia ubi (quod plus est) per ordinationes regias prohibita est accusatio etiam si quis velit suam aut suorum iniuriam persequi* (lib. V, § fin., qu. 3), null'altro afferma se non che in Francia si era fatto per legge ciò che in Italia si era attuato per consuetudine: e come in Francia il danneggiato pretendeva i danni accertati dalla sentenza di condanna criminale come parte civile, così li otteneva in Italia come parte privata. Da una sentenza penale, egli dice, deriva una pena corporale di vendetta pubblica e una pecuniaria di vendetta privata all'offeso sia o no intervenuto nel giudizio. Altri diranno non vendetta privata ma interesse privato, ma azione civile derivante da reato, risarcimento del danno, riparazione pecuniaria dell'offesa, da esercitarsi dal privato, come parte civile, nel giudizio penale (5).

(1) *Practica crimin. dialogica*, Ven., 1590, pag. 161.

(2) AB ECCLESIA, *Observat.*, 15.

(3) Così CARAVITA, in *Ritus*, 193; SARNUS, *Praxis crimin.*, c. 3; SCIALOYA, *De foro competenti*, c. 10.

(4) Si allude a Gallipoli che ebbe tal privilegio nel 1463, revocato nel 1568 con Pramm. 1, de privilegio univers.

(5) L'origine francese della parte civile è affermata da ESMEIN, *Hist. de la procedure criminelle en France*, pag. 112, e ad essa aderisce LEVI, *Parte civile*, 1924, pag. 9.

Digitized by Google

CAPO IX.

Il procedimento penale dal sec. XVI alla fine del sec. XVIII

Oltre le opere dei criminalisti IACOBO DE BELLOVISU, BONIFACIO DE VITALINIS (m. 1544), CLARO (1525-1575), DECIANO (1581), CABALLO, vedi: FOLLERIUS, *Practica criminalis dialogica*, Ven., 1558; FARINACCIUS, *Praxis et theorica criminalis*, 5 vol., Lugd., 1613; AMBROSINUS, *Processus informativus*, Ven., 1602 e 1748; ANG. DE GAMBILIONIBUS, *De maleficiis inquirendis*, Ven., 1378; BLANCUS ANT. di Padova, *Practica criminalis*, Ven., 1567; CHARTARIUS FLAM. di Orvieto, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum*, Ven., 1590; e pei Singoli Stati: Piemonte: SOLA, AB ECCLESIA, *Observat.*, parte I; Lombardia: CARPANUS, 1616; Venezia: GRIFFO, *Prattica sommaria criminale*, 1605; PRIORE, *Prat. crim. secondo il rito di leggi d. Ser. Rep. di Venezia*, 1695; GRECCHI, *Le formalità del processo crimin. secondo le leggi della Rep. veneta*, 1728; MORARI, *Prattica dei reggimenti di Terraferma*, Pad., 1708; Toscana: FONTANA DI AGOSTINO, *Astrea criminale toscana*, 1690; SABELLI, 1665; Genova: PAMOLEUS, 1603; Marche: CABALLINUS, 1571; Roma: FENZONIUS, 1636; SCACCIA; Napoli: CALÀ, 1634; CARLEVALIUS, 1634; BROVA, 1684; DE ROSA, 1776; DE LUCA CARLO, 1685; MAIORANA, *Opopraxis criminalis*, 1677; MUSCATELLUS, 1646; PELLEGRINUS; SARNUS; CERVELLINI, *Direttorio d. pratica civile e crimin.*, 1696: BRIGANTI, 1747; Sicilia: MUTA, 1625; CONVERSANO, 1617; BARBAGALLO, 1665; CANDINI, 1797-1808.

1. Sotto le monarchie e le dominazioni straniere la giustizia punitiva fu dominata dalla ragion di Stato, cioè fu onnipotente per la quasi totale mancanza di garanzie processuali, e si rafforzò con mezzi idonei alla difesa dell'ordine, raggiunta coll'intimidazione e col segreto terribile dell'inquisitorio che per se stesso era una pena. Il processo si risentì di tutti i difetti dei pubblici ordinamenti non aventi regole certe, aperti all'arbitrio dei funzionari e ai privilegi di alcuni ceti: si risentì dell'incertezza di leggi anti-

Digitized by Google

quate farraginose, mai abrogate, e della immobilità delle idee dominanti nel diritto penale che considerava più l'ordine sociale alterato dal reato che le ragioni dell'imputato. Quello che occorreva era punire il delitto: il fiscale e lo scrivano armeggiavano intorno agli indizi, e nel congegno loro ne tentavano le saldature perchè il giudice non rinvenisse lacune. Poichè era loro compito trovare nel processo scritto, cioè nella coordinazione delle prove, gli elementi per la condanna o l'assoluzione.

Il processo era aperto da denunzia e proseguiva colla inquisizione. L'accusa figurava ancora nelle leggi, ma veramente si era trasformata nella querela di parte riservata all'offeso, e così infatti la intendeva la dottrina (1). L'offeso o gli eredi del morto (2) o chiunque *de populo, quando iudicium non respicit alicuius offensam* (3), potevano presentare querela al giudice *in libello sine conclusione*, e il giudice decideva se accoglierla o no (4). Anche prima di Claro la dottrina era chiara e concorde sul carattere della denunzia sebbene persistessero alcuni concetti dell'accusa: per es. nel richiedere anche dal querelante cauzioni *de probando*, dicendo che il denunziante poteva essere obbligato a mantenere in carcere l'accusato e a pagare le spese della lite. Nello stesso tempo si riconosceva al querelante il diritto di *non facere partem in iudicio quia per solam querelam, instigationem et solicitationem non intelligitur querelantem facere partem in iudicio* (5).

2. Le distinzioni già bene enunziate nelle leggi del sec. XIV fra accusa da parte dell'offeso o suoi parenti eredi *ab intestato*, ancorchè non succedessero (6) — denunzia da parte delle autorità o persone cui era commessa la polizia locale e inquisizione di

(1) La *Practica causarum crimin.* di IPPOLITO DE MARSILIIS (Ven., 1535) non tratta dell'accusa. Anche il *Tract. aureus de accusat. et inquis.* di BONICONTO nel *Volumen omnium tract. crimin. di* ZILETTI (Ven., 1570), pag. 7-11, parla solo dell'inquisizione. FR. CASONI, *De indiciis et tortura*, id., pag. 394-426, accenna all'accusa ma subito dice: *Hodie in quibuscumque delictis proceditur per inquisitionem.* Sulla querela, v. PRIORI, *Practica crimin.*, c. 1.

(2) JAC. DE BELVISIO, *Pract. iudiciaria in materiis crimin.*, Lugd. 1526, f. 38: *nemo potest accusare in privatis delictis nisi pro semetipso.*

(3) BLANCUS, *Practica iudicialis*, ed. ZILETTI, Ven., 1565, pag. 65, 68. Ciò nega FOLLERIUS, *Practica crimin. dialogica*, Ven., 1590, pag. 415.

(4) FOLLERIUS, pag. 237.

(5) Così MARANTA, VI, quod est notandum, pag. 496.

(6) Pragm. 8, de composition., an. 1567.

Digitized by Google

ufficio (1) — sono fondamentali nelle leggi posteriori (2), ma altrettanto complicate nella dottrina (3). L'accusa presentavasi scritta, querela di banco, nella forma di libello o anche oralmente, da raccogliersi dal notaio criminale (4); e l'accusatore, dicono i decreti di Carlo Emanuele I (1582) pel Piemonte (*Decr. vetera*, Sola, pag. 344) deve « sottoscriversi alla querella ossia accusa et obligarsi a proseguir le cause sino al fine. Il medemo debbe far il delatore quando non fosse deputato dal giudice, ma solo di curiosità sua volesse manifestar l'altrui delitto ». Claro (§ fin., qu. 10) giustifica la denunzia orale, la dissuetudine del libello e delle cauzioni (riservate solo ai forestieri): *hodie subscriptio ad poenam talionis sublata est* (id., qu. 12). Vi erano però premi ai delatori volontari e segreti, in tutti gli Stati (5): e la dottrina contro i calunniatori aveva proposto, per esonerarli dalla pena (galera a vita, preceduta da berlina su asino) tante scuse: se la sua prova fu semipiena, se fu ingannato dai testi o da persone fededegne, se fu spinto da immenso dolore, se il delitto era atroce, ecc. (6).

Essendo gli organi di polizia deficienti e facili a colludere coi rei, si faceva molto affidamento sulle accuse e le denunzie segrete. Scriveva Farinaccio (qu. 16) che nessuna penalità e nemmeno l'obbligo di dar sicurtà di proseguire nell'accusa, di sottostare a spesa, di provare entro breve termine, dovevansi applicare per non ammutolire gli accusatori, i quali potevano anche rinunziare a essere parte nel processo e avere azione concorrente col giudice. E dippiù: mentre per diritto comune era negata la facoltà di accusare a tanti per motivo di infamia, di condanne

(1) Stato di Perugia, 1342, III, 1-3.

(2) Stat. di Roma, 1580, II, 2; Firenze, 1415, III, 9, 10; Forlì, 1615, III, 2; Lodi, 1538, fogl. 95, ecc.

(3) CARLEVALIUS, *De iudiciis*, tit. 2, disp. 4; SARNUS, *Praxis crimin.*, c. 2-4.

(4) Decreta ducum Sabaudiae, Amedeo VIII, pag. 23; Leggi di Giovanni Battista, 1680, di Vittorio Amedeo I, 1632. Per le Sic. Sanct., tit. V, de reb. crimin., 1588, vol. III, fu ordinato che nelle cause criminali si procedesse senza libello.

(5) Per la Toscana, v. SABELLI, *Pratica*, voce premi; negli Stati pontifici, AMBROSINUS, *Decis. Perug.*, 23; a Napoli, SANFELICIS, *Praxis*, pag. 290; in Sicilia, GIURBA, *Cons. crim.*, 22.

(6) CLARUS, § fin., qu. 62; MENOCHIUS, *De arbitr. iudicum quest.* 321; MASCARDUS, *De probat.*, concl. 24 e 25; TUSCHUS, lettera E, concl. 634.

Digitized by Google

subite, dicevasi: *hodie* non osservansi tali eccezioni (id., qu. 12): tutti possono accusare; il giudice supplisce al difetto della persona. A Venezia facevasi eccezioni per le donne di mala vita accusanti di essere state sedotte, e ancora per le domestiche, con questa legge che merita di essere riferita per valutare i costumi e la moralità dal sec. XVI al XVIII: « Sieno eccettuate quelle pute garzone de minor età de anni 16 le quali essendo serve o altramente a mercede per suoi patroni fossero violate perche el se pò presumer che per timor over obedientia le potriano farsi de involontarie, volontarie. Circa le qual però li iudici siano molto circonspetti sì alle condition delli patroni, alli costumi delle case » (1).

3. Fino al sec. XVIII le leggi facevano obbligo a chi si era trovato presente ad un reato di azione pubblica, o che ne aveva avuto in altro modo cognizione, di informare l'autorità presentando gli indizi cogniti, e ciò era compreso nell'ordine *de praeceptis ad informandum* (2): i codici moderni vi hanno sostituito la parola: *potrà* (3). L'obbligo è rimasto solo pei medici, chirurgi e altri officiali sanitari, come era anche nel passato, esteso ai barbieri (4). L'obbligo era imposto a tutte le magistrature inferiori delle Università, dei villaggi, ai *iurati* incaricati della polizia locale, agli avvocati, sindaci, saltari, procuratori fiscali, tenuti a istigare i giudici *ut contra delinquentes inquirant* (5). In Toscana Cosimo I nel 1548 istituì una commissione di cittadini incaricati di far le denunzie: ma poichè stavano in carica un anno, la loro azione era nulla. Lo storico Cantini scriveva nel 1802: « durarono fino ai nostri giorni senza che mai o rare volte abbiano querelato alcun delinquente » (II, pag. 86). Sopra tutti gli Stati eccelse Venezia nei suoi ordinamenti di polizia giudiziaria: ma ovunque erano istituiti procuratori fiscali, che denunziavano

(1) Stat. criminali del dominio veneto, 1751, pag. 17.

(2) Stat. di Novara, 1573, III, foglio 128. Nei *decreta vetera* dei duchi di Savoia, II, pag. 19, era vietato *cogere ad denunciationem vel clamorem* per offese, ingiurie o danni; SOLA, pag. 275.

(3) Cod. due Sicilie, 25, 26, 392; parm., 44, 45, 47, 50; estense, 44, 48; Regol. pontif., 155, 157.

(4) Stat. di Reggio, 1582, 4; Legge di Carlo Eman. I, 24 giugno 1616.

(5) Stat. di Gubbio, IV, 1; e i commenti di CONCIOLO; e anche le sue *Resolut. crimin.*, voce accusatio, *Sui iurati*, v. Stat. di Feltre, 1749, IV, 30.

Digitized by Google

e sostenevano l'accusa e intervenivano nei vari atti del processo. Un accusatore vi doveva essere.

Claro attesta dell'uso generale in Italia di deputare qualcuno quando mancava accusa o querela perchè assistesse al processo e alla ricerca delle prove, come avrebbe fatto l'accusatore, e ricorda che, mancando questi o il procuratore fiscale, spesso privati indicavan testi e aiutavano i giudici nell'istruttoria (1). La giustizia punitiva faceva in questi secoli ancora grande assegnamento sul concorso dei privati, tanto incerto e pericoloso quanto infido era quello degli ufficiali inferiori, mal reclutati, peggio pagati, in combutta coi delinquenti (2). Vero è che, fatta la denunzia, erasi riconosciuto al giudice l'obbligo di investigare per suo conto (3), che egli poteva proseguire, anche se fra accusatore e accusato si fosse venuto a composizione o *truglio* (4), e che l'*abolitio* cioè il recesso dall'accusa si era limitata ai reati di natura strettamente privata o quando l'accusatore apparteneva a città godente il privilegio del *distorno* o *rimessa in triduo*, cioè di rinunzia alla querela entro tre giorni (5). Le dispute dei pratici che, invocando il diritto romano, volevano ancora fondare il processo sulla presenza dell'accusatore, furono troncate dalle leggi, che imponevano al giudice, avuta notizia di un reato di azione pubblica, di procedere per inquisizione e di non attendere che l'accusatore o il denunziante apprestassero le prove (6). Al sec. XVI domina il principio che lo Stato deve difendersi e tutelare l'ordine sociale con tutti i mezzi, e principalmente coll'istruzione segreta: *hodie*, scrive Claro (qu. 10, pag. 218) *inquisitio concurrit in omnibus fere processibus cum ipsa querela*: *hodie*, egli ripete in diversi punti, *ex consuetudine praesentis temporis permissum est iudici procedere ex officio*; *hodie* il giudice non ha bisogno di licenza dell'accusatore

(1) CLARO, qu. 10: *Iudices solent deputare aliquem coadiutorem qui loco partis seu fiscalis assistat inquisitioni*. Laddove può procedere *ex officio potest creare et constituere fiscalem qui accuset. Intellige qui accuset non ut aperiat viam inquisitionis*. Cfr. Stat. di Lucca, 1539, IV, 8, 13.

(2) Stat. decreta et ordines Rainutii Farnesi, 1486, c. 6.

(3) GUAZZINUS, *Ad defensam inquisit.*, pag. 148.

(4) Ritus M. Curiae, 284, 285, 290; Pragm. napol., 1, 2, de composit., 1536, 1539, 1556.

(5) Pragm. 1, de privil. concessis univers., an. 1568.

(6) *Practica civ. et crimin.*, Ven., 1640, lib. V, § fin., qu. 3: *magna fuerit varietas inter scribentes an accusatio faciat cessare inquisitionem*; non cessa se l'accusatore fu negligente, o collude, o le prove sono acquisite, ecc.

Digitized by Google

per procedere: egli continua l'accusa o forma nuovo processo (1), come anche accoglie la controquerela nei casi lievi senza cauzione, nei maggiori qualora il controquerelante siasi costituito in prigione (2).

4. I criminalisti del sec. XVII attestano che l'inquisitorio dominava in tutti i tribunali d'Italia, Spagna e Francia (3); anzi aveva fatto tanta strada nello stesso regno di Napoli, ove pei Capitoli angioini (4) il procedimento *ex officio* doveva essere limitato ai soli casi di gravi delitti, punibili colla morte o la relegazione, che i giudici non esitavano ad applicarlo ad arbitrio anche nelle semplici ingiurie verbali (5), contro gli usurai; così che Carlo V dovè limitare lo zelo dei giudici ad inquisire solo contro i soli usurai manifesti (6) — contro i vagabondi e i pellegrini che si trattenevano oltre tre giorni (7), contro i giuocatori, gli autori di satire, i bestemmiatori, gli adulteri (8), ecc. Difendevano i giuristi napoletani il privilegio angioino, sostenendo dover l'accusa restare la regola, l'inquisitorio d'ufficio l'eccezione e solo pei reati pubblici, per offese contro vedove, chierici, poveri: e invocavano l'esempio di Sicilia ove prevaleva l'accusa senza intervento del fisco, salvo che nei reati di lesa maestà divina ed umana, magia, omicidio contro forestieri non aventi parenti nel Regno (9).

5. Non è il caso di esporre la storia del processo criminale nei singoli Stati, poichè a regole generali ed uniformi esso era sottoposto. Ci limitiamo ad alcune notizie relative al Piemonte e a Venezia, notizie che si possono applicare alle altre regioni.

Nel Piemonte fu Emanuele Filiberto nel 1565 il quale mise

---

(1) Qu. 3, pag. 195, 196 e qu. 45 e 58, pag. 399, 473. Così anche Bossius, *Practica criminalis*, n. 25, pag. 11.

(2) Così una legge piemont. di Giovanni Battista, 1680.

(3) Clarus, § finali, qu. 3, n. 6; Farinacius, *Quaest. crimin.*, vol. I, qu. 1, n. 10.

(4) Cap. di Roberto, ut delatas: *nulli processus ex officio fiant praeterquam*, ecc.; Ritus M. R. Curiae, 191, 195.

(5) Sanfelicis, *Decisiones*, 250; De Rosa, *Praxis crimin.*, c. 1, n. 68.

(6) Pragm. 4, de usurariis. Ma altra Pramm. del 1736 abolì questa distinzione, punendo con 3 anni di galera gli usurai in genere.

(7) Pragm. an. 1724, de vagabundis.

(8) Pragm. an. 1731, de adulter.

(9) In Sicilia anche nel 1787 in casi di omicidio in cui procedevasi per accusa, poteva l'accusatore *remittere reum* e allora *stante cessione partis reus excarceretur*, salvo alla Curia informarsi *si delictum sit subintrabile*.

Digitized by Google

l'informativo a base delle processure criminali. Le popolazioni ne avvertirono i pericoli, e fin dal 1477 un Parlamento reclamò, e nel 1575 ripetè la petizione che l'informativo e l'inquisizione potessero iniziarsi solo dietro accusa o denunzia scritta (1): petizioni respinte, perchè quella monarchia, come tutte le altre, servivasi della segreta istruttoria come strumento di governo e anzi l'aveva estesa a tutti i reati, dando incarico agli avvocati fiscali istituiti in ogni prefettura di promuovere le inchieste giudiziarie. Questi avvocati replicavano alle difese degli imputati, le contestavano e presentavano ai giudici le loro conclusioni in causa. Il procedimento sabaudo-piemontese dopo il sec. XVI risentì l'influenza delle Ordinanze francesi del 1498, 1539, che divisero il processo in ordinario e straordinario. L'uno e l'altro si iniziavano con un'informazione segreta, scritta dai detti avvocati fiscali al prefetto che formava gli atti preparatori del giudizio. Se l'imputato confessava, la sentenza era senz'altro pronunziata; altrimenti si procedeva per via straordinaria, cioè colla tortura. Ogni pubblicità era esclusa: il processo era diviso in due periodi di diseguale durata, l'istruttoria e il giudizio: la prima comprendeva la ricerca delle prove ed era fatta dal procuratore fiscale o dai giudici dei baroni; il secondo dal giudice al criminale il quale decideva sugli atti scritti e sull'interrogatorio dell'imputato. Tutto era scritto, tutto segnato, e il giudizio non era motivato. Anche in caso di flagranza, dopo un sommario interrogatorio, si iniziava l'istruttoria ordinaria. Il decreto di cattura costituiva l'accusato in detenzione preventiva: nessuno poteva essere arrestato senza decreto, eseguito di giorno e con testimoni. L'accusato rispondeva senza assistenza di avvocato e senza ricevere comunicazione delle informazioni, dopo di aver giurato di dire la verità.

Alle riforme del 1701, 1735 non furono estranee le modificazioni che l'Ordinanza di Luigi XIV, 1670, introdusse nel procedimento criminale francese. Come in Francia, così in Piemonte si fece del procuratore fiscale un vero accusatore: la parte civile poteva agire per danni e interessi. Però ancora si conservò il principio che pei delitti non puniti con pena afflittiva la composi-

(1) Le richieste sono in DUBOIN, XXII, 1505. Le leggi di Eman. Filiberto e Carlo Emanuele I, che dal 1565 al 1582 dettarono norme pel procedimento *ex officio* e i procuratori generali, sono in BORELLI, pag. 150, 150, 176; DUBOIN, III, 718, 719 e in SOLA, o. c.

Digitized by Google

zione fra parte lesa e colpevole estinguesse l'azione pubblica: il che mostra che non erano scomparse le ultime traccie del vecchio sistema accusatorio. Era mantenuto il segreto, e, compiuta l'istruttoria, il processo veniva consegnato al relatore colle conclusioni del procuratore fiscale: davanti al tribunale compariva l'imputato coll'avvocato per essere interrogato e giudicato.

Tali ordinamenti furono perfezionati coll'Editto 13 marzo 1759 e colle Costit. 1770, attribuendo agli avvocati fiscali, che già Amedeo VIII aveva istituito in tutte le provincie, il compito di promuovere informazioni e di vigilare sulle istruzioni segrete dei giudicanti.

6. Una pagina notevole nella storia della procedura criminale è offerta da Venezia, che ebbe diversi modi di perseguire i rei, ponendo sempre il diritto a servizio della sua politica interna. Oltre ammettere le delazioni segrete e anonime (1), praticava il così detto *Rito dell'Eccelso* (Consiglio dei Dieci), secondo il quale nei casi gravi ed atroci e nei crimini di Stato si iniziava il processo con mandato di cattura e lo si formava senza dar copia agli imputati delle deposizioni dei testi, che giuravano *de veritate* e *de silentio*. Ogni teste era avvertito del rito e dell'impegno della segretezza che egli contraeva col tribunale e questo con lui. Quindi nemmeno confronto dei testi fra loro; il teste negativo era incarcerato e sottoposto alla tortura. All'imputato non restava che indicare i suoi testi a difesa. La sentenza era lasciata *in conscientia et discretione iudicum de condemnando et puniendo per homicidium quando non poterit probari per testes* (2). Sempre a Venezia nei reati comuni il procedimento era diverso: l'imputato era citato *ad informandum*; non ubbidendo, il giudice passava al *proclama*, poi alla sentenza contumaciale. Tali citazioni non esprimevano la causa: *citetur ad informandum super iis de quibus a iustitia fuerit requisitus; nisique comparuerit alia fiet deliberatio*. I chiamati restavano con tante interrogazioni circuiti che correvano pericolo di aggravarsi (3): potevano però con supplica chiedere se eran citati come imputati o testi, e ottenere salvocondotto *de tute accedendo et recedendo*. Solo nel 1676 furono vietate le cita-

(1) ROMANIN, *Storia docum. di Venezia*, VIII, 573.

(2) Volumen Stat. venet., 1606, pag. 133.

(3) L'attesta PIETRO DE ZAMBONE, *Isagoge in practica criminali*, Venezia, 1678, c. 11; PRIORI, *Pratica crimin. veneta*, c. 3.

Digitized by Google

zioni generiche e fu ordinato di indicare il reato, di carcerare in caso di delitto, di presentarsi a piede libero se l'imputazione era punita con multa: ma *nisi comparuerit, citetur ad carceres cum proclamate*. All'imputato era assicurata la difesa, anche per mezzo di avvocati che presentavano allegazioni e discutevano in contraddittorio coll'avvocato fiscale. Una legge del 1537 permetteva che nelle cause criminali potessero parlare *persone di qualunque sorte e conditione* (1). Davanti agli avvocati erano letti i processi dal notaio: se l'imputato non era assistito da avvocato, lo riceveva dalla Quarantia criminale che a sorte nominavano dieci dei primari avvocati notabili *a placitar alcun reo miserabile per delitto capitale* (2). Altra legge del 1624 ordinava che la trattazione fosse pubblica, *a porte aperte* per terrore delle genti.

Questi ordinamenti ebbero le lodi di Giuseppe II, che nel suo soggiorno a Venezia nel 1769 avendo assistito a un dibattimento della Quarantia criminale, riconobbe che la giustizia criminale veneta era la migliore di quante esistevano (3). Infatti l'istruzione del processo compiuto da un giudice, per es. dai signori della notte, era verificata da altri magistrati, che in concorso coll'avogadore discutevano le prove e gli indizi e comunicavano all'avvocato dell'imputato le loro conclusioni (4).

7. Nello Stato pontificio si aveva un sistema misto, di accusa e di inquisizione. Le Costit. egidiane del 1354 ammettevano l'accusa e l'inquisizione del giudice: *sicut ei videbitur expedire, summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii. — Nulla inquisitio fiat ex officio sine expresso nomine denuntiantis vel quasi per iudicem nisi de publicis sine atrocibus criminibus... de excessibus commissis per magnates vel potentes contra impotentes vel debiles personas* (pag. 138, 140). Le dette Costit. si riferiscono agli ufficiali incaricati della polizia (*de denuptiatoribus habendis continue per universitatem*). Al sec. XVI l'inquisitorio aveva trionfato in tutto il territorio pontificio. Parimenti in Toscana ove il giudice doveva *inquirere de delictis ad ipsius aures et notitiam deductis per inquisitionem et ex officio sive de infamia inculpati appareat*

(1) Volumen stat. venet., pag. 167.
(2) Id., pag. 190.
(3) ROMANIN, o. c., VIII, 191.
(4) PASQUALIGO, *Giurisprudenza criminale*, II, 188; GRECCHI, *Le formalità del processo criminale*, Padova, 1790.

Digitized by Google

sive non ita quod quamvis de infamia non appareat, inquisitionis processus nullatenus vicietur (1). E anche in Toscana si ebbe il procuratore fiscale che doveva essere udito dal giudice in ogni atto sostanziale del processo e senza la cui presenza non potevasi pronunziare la sentenza (2). Si deve avvertire che il governo dei Medici cercò migliorare la giustizia con diverse provvidenze procedurali rese necessarie dal disordine e dall'arbitrio con cui trattavansi le cause criminali: riformò la Ruota fiorentina (1532, 1541), riordinò i giudici dei malefizi (3). Ad accusare furono ammessi i parenti del morto fino al VII grado di computazione civile (4), e gli accusatori eran tenuti segreti (5). Nel condannare dovevano i giudici considerare la quietanza dell'offeso (6). Nel 1768 si vietò di chiedere all'imputato il giuramento *de veritate dicenda* (7).

Gli statuti delle città lombarde ed emiliane iniziavano le regole sul processo criminale coll'accusa ma nel senso di denunzia che poneva in movimento gli organi giudiziari inquisitori; e così l'inquisizione *ex officio* predominava nella maniera più assoluta, e i Visconti in Lombardia come le altre signorie a Modena e a Ferrara la imposero in tutti i tribunali.

8. Nell'Italia meridionale Ferdinando I nel 1462 revocò i privilegi che godevano alcune città per escludere il procedimento inquisitorio, revoche confermate nel 1568 (8): e anzi nel 1731 fu disposto il procedimento *ex officio* nei reati di adulterio, concubinato, ecc. Per quanto inviso alle popolazioni, per quanto mancassero i controlli e quello sopratutto della pubblica opinione verso giudici sospettati avidi e corrotti, accusati di ricattare innocenti e rei colla minaccia di un processo (9), il processo criminale

(1) Stat. di Lucca, 1539, IV, 1; Arezzo, 1580, IV, 2; Pistoia, 1647, III, 3.

(2) CANTINI, IX, 934; decreto 1578 per lo Stat. di Siena, id.

(3) CANTINI, *Legislaz. toscana*, I, pag. 316, 198; VII, 117; XIX, 141, 280, 302.

(4) Id., II, 75. A Roma (Stat., II, 1) fino al III grado di computazione canonica. Sul modo di ricevere le querele: CANTINI, XIX, 369; XX, 313.

(5) Id., III, 57. La citazione per gli accusati si rinnovava due volte: id., 295.

(6) Id., II, 47.

(7) Id., XIX, 109.

(8) Pragm. un. de privilegiis univers. concessis.

(9) SARNUS, *Praxis crimin.*, c. 2, n. 1.

Digitized by Google

napoletano, tutto basato sull'inquisizione segreta, non era migliore nè peggiore di quello praticato negli altri Stati d'Italia: era quale portavano i tempi. Ai non pochi difetti studiavasi rimediare la dottrina colle sue sottigliezze, e le leggi colla difesa largamente permessa agli avvocati. Tutta la giustizia si risente dell'alta concezione statale che dominò nel Regno, e per es. da essa dipese il divieto delle composizioni, quale si ebbe anche nel Piemonte fin dal sec. XVI (1); e così, abolendo il sistema di sostituire pena pecuniaria ad afflittiva, si assicurava il corso della giustizia e si impediva che i reati restassero impuniti.

9. Arretrato, in confronto del procedimento napoletano e continentale, era il siciliano. Sua base era l'istanza o accusa della parte lesa, e solo nei gravi casi, e tardi, verso la fine del sec. XVI (1589) trovasi ammesso il procedimento inquisitorio, fatta eccezione pei Palermitani, che anche dopo conservarono i loro privilegi (2); talchè per regola dicevasi che i pubblici delitti erano trattati come i privati, non soggetti ad azione pubblica. L'accusatore figurava nel giudizio come nei tempi antichi, col giur. di cal. e quasi colla *inscriptio*. Le parti potevano conciliarsi, e il giudizio finiva per composizione o remissione, e solo pei reati puniti con pena maggiore della relegazione, se l'imputato desisteva, subentrava il fisco. La causa era trattata col libello e colle stesse formalità del rito civile, motivo per cui il processo *molto si dilatava e i rei frattanto si maceravano di carcere e di spese* (3).

L'accusa aveva egual parte nel procedimento sardo e còrso (I, c. 12). A Trento, Trieste e Fiume invece era adottato l'inquisitorio sull'esempio veneto.

10. Il procedimento inquisitorio o informativo aveva a poco a poco tessuta la sua tela, aiutato dalle pratiche largamente esperimentate dal S. Uffizio, dalle quali le sue poco differivano. Appena un reato era scoperto o denunziato dai giurati o da anonima deposta nel tamburo a Firenze o nella bocca del Leone a Venezia (4),

---

(1) Editto di Emanuele Filiberto, 1565. A Napoli le composizioni furono vietate da re Roberto, 1304, cap. *Ne quis*, 251, 252, coi Riti, 272, 273, 274; e colle Pramm. *de composit. et commutation. paenarum*, 1560. Vedi AMMIRATI, *Il puro gius crimin. napol.*, 1796, vol. II, pag. 129-190.

(2) Sicul. Sanction., V, 17, 77; Pragm. variae et diversae, III, 23.

(3) Id., V, 13.

(4) CAPPELLETTI, *Storia di Venezia*, XII, 15.

Digitized by Google

il giudice iniziava l'inchiesta segreta. Il sistema delle denunzie anonime già praticato in Italia, trovasi anche in questi secoli. Firenze che l'aveva vietato nel 1378, vi ricorse nel sec. XVI (1): in Sicilia si pensava a reprimere i reati carnali con quest'arma dell'anonimo sì pericolosa (2).

I trattati di procedura insegnano al giudice ogni atto che deve compiere: interroghi persone e rivolga anche *monitoria* con gride al pubblico perchè chi sappia aiuti la giustizia. Egli deve accertare col *visum et repertum* il corpo del reato (3): questa pratica è di origine italiana e furono i nostri criminalisti del sec. XVI a imporre l'obbligo dell'*ingenere* come base dell'istruzione. Nè il diritto romano nè il canonico conobbero la necessità della prova generica dei reati, il corpo del delitto indipendentemente dal suo autore. Anche gli scrittori del secolo XIII e XIV ponevano a base del processo la sola *diffamatio*: ai criminalisti italiani spetta il merito di avere dettato le regole in questa materia (4).

La prima *informatio* generica e segreta (Decreta vetera del Piem., II, 31) *super diffamatione* doveva esser compiuta dal giudice, che in abuso l'affidava agli attuari, che così spedivano requisitorie, udivan testi, ricevevano giuramenti. Siccome la riputazione loro era pessima, e correva la voce: *est actuarius? ergo latro*: *non est credendum actuariis* (5), così fra le grazie chieste nel 1737 dai Napoletani a Carlo III eravi anche « che nelle cause criminali siano i testimoni esaminati alla presenza del giudice » (6). Compiuta l'inchiesta generale sulla *diffamatio* anche sulla base di due testi, si passava alla speciale senza ancora citare l'accusato: era la *diligens informatio ad finem providendi*, inviando *requisitoria ad testes* e obbligandoli a venire: tutto questo svolgevasi in segreto, ma se ne prendeva nota scritta.

---

(1) CANTINI, II, 75; an. 1548, III, 57.

(2) Pragm. sic. de offic. mag., tit. XXIX, pragm. unica, an. 1569, vol. I, pag. 209.

(3) Editto piemont. di Giovanni Battista, 1680; e Decreta vetera, II, pag. 31.

(4) § fin., qu. 55; qu. 6: *iudex assumit informationes in genere*, ecc.: SCACCIA, lib. I, c. 84. E CHARTARIUS (*Praxis interrog. reorum*, pag. 3) così scrive: *si de corpore delicti non constaret, ligatae sunt manus iudicis ut reum interrogare non possit*, e tanto peggio catturarlo. E così BOSSIO, ecc.

(5) PEREGRINUS, *Praxis crimin.*, p. IV, 4, n. 55.

(6) Reale Costituz. 18 marzo 1738, § 7, n. 7.

Digitized by Google

Sulle notizie raccolte dai testi che potevano anche sottoporsi a tortura, *ut inquisitio magis impinguetur*, il giudice decideva se citare il reo o emettere *mandatum capiendi*. La citazione intimavasi colle formalità proprie del rito civile, o *per campanam, per preconem alta voce in loco commissi delicti et in platea*, coll'affiggere *literae in logia* (1): ponevasi in banno il contumace. Se rispondeva alla citazione che era *ad deponendum* o *ad informandum*, il citato aveva comunicazione dei capitoli elevati contro di lui: e secondo le risposte il giudice lo rimetteva in libertà pura e semplice oppure con cauzioni (2), o anche trasformava la citazione *in mandatum de capiendo*, contro il quale il Guazzini raccoglie numerose eccezioni: incompetenza, fatto non punibile, pacificazione avvenuta, incapacità dell'accusatore, vizio nella citazione, mancata notifica degli atti, incertezza degli articoli, limitata difesa, confessione estorta che poteva essere *contra sententiam, post praescriptionem, per suggestionem, sine processu, super processu nullo, coram iudice incompetenti, coram notario, coram sacerdote, facta per metu, sine indiciis*, ecc.

Era anche consuetudine che il giudice comunicasse all'inquisito le risultanze delle prove *prout sibi videtur* (3): il che era vietato nel regno di Napoli: *sed male observatur* (4). La citazione *ad deponendum* si usava nei crimini lievi nei quali non era ammessa la tortura — o quando gli indizi eran gravi ma non urgenti: la sua formula era: *N. querelatus, rubricatus et inquisitus pro causa vertente*. Se negava, era rilasciato col mandato *ad omnem ordinem* — o *visa depositione consignetur tutae personae cum obligatione de illum exhibendo ad omnem ordinem*. La citazione *ad informandum* si adoperava nei delitti gravi con indizi urgenti a tortura, e alla presentazione seguiva il rilascio colla formola: *relaxetur cum mandato de detinendo domum loco carceris*, oppure l'incarceramento colla formola: *sub mandato detentus reducatur in provvisionem* (5). Il mandato di cattura, che doveva sempre essere preceduto dalla

(1) Stat. del Cadore, 1545, III, 10; Lucca, 1539, IV, 5; Pesaro, 1531, III, 8; Parma, 1590, III, pag. 180; Pramm. sarda, IX, 1, 4.

(2) Stat. di Castro Arquate, 1445, V, pag. 176; Brescia, 1722, c. 16; Reggio, 1582, III, 12; Casalmaggiore, 1717, pag. 220; Editto di Emanuele Filiberto, 1565; Reali dispacci, 20 settembre 1732, 4 agosto 1742, 5 agosto 1752.

(3) CLARUS, qu. 23. Così in Sardegna; Pramm., ed. VICO, IX, 6.

(4) Così BAIARDO nelle sue note alla qu. 23 di Claro.

(5) SARNUS, *Praxis crimin.*, p. II, formulae, 26.

Digitized by Google

informazione, era lasciato all'arbitrio del giudice; e ciò erasi introdotto meno per disposizioni di legge che per opera di interpreti, desumendolo dal fatto che il giudice poteva in ogni reato infliggere pena arbitraria (1). Nel Napoletano i baroni incarceravano per ogni motivo: *carceres faciunt proventus*, tanto che si minacciò pena al giudice e al carceriere per indebito carcere (2). Negli Stati dei duchi di Savoia invece era vietato incarcerare quando il reato non era punito con morte, mutilazione, fustigazione, relegazione e quando occorreva denunzia di parte (*Vetera decreta*, II, pag. 18; Sola, pag. 270).

Alla cattura si arrivava anche su deboli indizi, salvo che per le persone privilegiate, che su cauzione restavano *a piè libero*.

L'esame, pel diritto piemontese, doveva iniziarsi entro due giorni, finire entro 60, « salvo fosse il giudice impedito dalle defensioni del reo o altra causa »: i feudatari poi dovevan finire entro un mese, « altrimenti in negligenza loro si intenda devoluta la cognizione al Senato, riservata ad essi la confiscatione dei beni ». Gli avvocati fiscali erano in voce di accusatori per la difesa pubblica (3). L'esame dicevasi *constituto* dalle parole: *constitutus personaliter N. N.* con cui iniziavasi il processo. Domande e risposte dovevansi scrivere in disteso non *in forma ceterata* (4): le domande *sine illaqueando, sine fraude et mendacio*, non suggestive, senza minaccie o promessa di impunità (5). Nei reati non punibili con morte o galera, ma con indizi urgenti « si comini il reo a rispondere sotto pena di aversi il delitto confessato e lo si ritenga tale se avrà ordinato a non rispondere o a fingersi pazzo » (6). Gli si deferiva il giuramento *de veritate dicenda*: non si applicava tortura « se

(1) Stat. di Verona, 1582, III, 4; Belluno, 1531, III, 5; Forlì, 1615, III, 2; Novara, 1573, III, pag. 129; Reali dispacci, 8 febbr. 1772.

(2) Pragm. 1, de custodia reor, an. 1588.

(3) Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, lib. IV, in SOLA, pag. 529.

(4) Editto piem. di Giovanni Battista, 1682; Stat. di Roma, 1580, III, 13; Ferrara, III, 40; Reggio, III, 10; Castro Arquate, V, pag. 172.

(5) Claro, qu. 55, dice essere opinione comune che possa il giudice promettere l'impunità, *sed mihi unquam placuit*. Lo stesso aveva detto MATTEO DE AFFLICTIS in *Const. de praestando iuram.*, lib. I, pag. 125. Altri, come l'IMOLENSE, *Consil.*, 109, dicevano che tale imputato a cui era estorta la confessione, non poteva essere condannato. Vedi FARINACCIUS, qu. 81, cap. 8, n. 276 a 305. La comune opinione è rappresentata da BOSSIUS, *Tractatus varii crim.*, Lugd., 1566, in tit. de confessis per torturam, pag. 201.

(6) Editto di G. Batt., cit.; Vittorio Amedeo, I, 1632.

Digitized by Google

non procede cognitione e difese»: si puniva il giudice che torturava, senza riudire i testi, perchè le loro deposizioni fatte *ante lit. cont.* non facevan fede (1).

11. Dopo gli interrogatori, l'imputato anche carcerato poteva invocare dal giudice l'*abilitazione* (2), cioè la libertà provvisoria, salvo nei casi in cui il delitto fosse punito colla morte, galera, relegazione (3) e fosse provata la reità (4), o il reo avesse confessato, fosse notorio delinquente o preso in flagrante, ecc. (5). L'abilitazione veniva concessa *domi aut per palatium aut per civitatem*, sempre *in forma* cioè non definitiva, che si avrà *si de sua innocentia liqueat non expectata probatione sententiae* (6); era concessa prestando mallevadore, e, se non lo poteva presentare, dando *cautio iuratoria de se conferendo ad omnem ordinem.*

In quanto alle prove, non era libera la loro valutazione da parte del giudice, non libero il suo convincimento, perchè vincolato dal sistema delle prove legali, di cui la legge inalterabilmente stabiliva il valore persuasivo. E poichè regina delle prove era ritenuta la confessione dell'imputato (7), di essa parve tanto ineluttabile la necessità che per ottenerla si reputò legittima la tortura applicata anche ai testi (8), alla quale però talvolta, per pietosa ma strana transazione, era sostituito l'uso di pene straordinarie, applicabili nei casi di prove imperfette. Ma era in arbitrio del giudice infliggere invece la tortura: ciò era lasciato alla sua coscienza (9). Claro diceva bastare un solo indizio. Menochio si studiò elencare e pesare le più varie presunzioni di colpabilità: Fabro e il Senato di Savoia legittimavano il giudice che in pre-

(1) Costit. piemont., 1770, IV, 11, art. 22.

(2) Stat. Parma, 1590, III, pag. 18; Casalmaggiore, 1717, pag. 220; Forlì, 1615, III, 5; De Angelis, *De habilitatione reorum.*

(3) Pragm. 8, § 5, 6, 7, de offic. mag. Instit.; Pragm. 1, de custodia reor.; Pragm. 4, de visit. carcer. an. 1658.

(4) Capit. Caroli II, de inquisition.; Ritus M. R. Curiae, 41.

(5) Stat. di Firenze, 1415, III.

(6) Capit. Caroli II, cit.; De Angelis, c. 2 al 7.

(7) Stat. di Cesena, 1589, III, pag. 202; Guidonis, *De viribus iudiciariae confessionis*, p. III; Clarus, § fin., qu. 55. Oltre Blancus, Carrerius, ecc.

(8) De Rosa, *Practica crimin.*, I, resol. 8; Stat. di Ferrara, 1566, III, 41; Forlì, III, 8; Reggio, III, 17.

(9) Guazzini, o. c., Chartarius, *Practica interrogandorum reorum*, pag. 35, 1618. Lo Stat. di Novara, 1573, III, pag. 129 vuole che si torturi solo nei casi contemplati dalla legge.

Digitized by Google

senza di molti accusati dello stesso crimine applicava a tutti la tortura: qualcuno avrebbe confessato. Il condannato a morte si torturava *tamquam cadaver in capite alieno ad vocandos complices* perchè denunziasse altri.

12. La difesa è consacrata in tutte le leggi (1): anzi in Piemonte era privato dell'ufficio l'avvocato che rifiutava il patrocinio: però « l'eserciti modestamente e civilmente, pena scudi 100» (an. 1582, Sola, pag. 373). Negli Stati pontifici Paolo III e Pio IV volevano che fin dal primo giorno della cattura potesse l'imputato nominare il difensore (2). Tutte le prevenzioni erano contro l'imputato: tutta la libertà al giudice. Nello statuto di Firenze si legge: ove non è pena stabilita, sia questa fissata dal giudice: è valido il processo *etiam non servato ordine dummodo constet de maleficio* (3). Tuttavia le pene contro i mendaci accusatori (4), la tortura inflitta ai denunzianti (5), il decreto di condannare anche se gli indizi erano urgenti (6) mostrano le incertezze di quella procedura e i vani tentativi di conciliare l'intimidazione colla giustizia. Non mancano anche nella dottrina richiami di non esagerare e di rispettare i diritti dell'uomo nell'imputato; ed essa sottilizzò sovente per allargare i mezzi di difesa e per combattere pratiche di curie ispirate al concetto che il processo a difesa fosse a carico dell'imputato, nel senso che il procuratore fiscale dovesse limitarsi all'accusa e non tener conto dei fatti e testi a difesa (*testes leguntur, non scribuntur*). Di tali assurdità erasi liberata la legislazione piemontese fin dal 1680, ordinando che le prove in favore del reo prodotte dal fisco fossero di egual valore se prodotte dall'imputato (7), e più ancora la dottrina italiana ne ebbe ripulsione, propugnando in ogni caso la tesi più favorevole a questo.

---

(1) Stat. Pesaro, 1531, III, 10; Bologna, 1515, III, 15; Reggio, 1582, III, 18; Castro Arquate, V, pag. 174; Gubbio, 1685, IV, 8; Cadore, 1545, III, 12.

(2) RIDOLPHINI, *De ordine proced. in Curia rom.*, 1659, pag. 150. A Venezia, an. 1527, nel caso misto, cioè *criminal nel qual intervenga civilità* non potevano parlare gli avvocati: *Leggi crimin. del dom. veneto*, 1751, pag. 28.

(3) Stat. di Firenze, 1415, III, 5, 18.

(4) Stat. Roma, 1580, II, 3; Firenze, III, 10, 11, 12; Ferrara, 1566, III, 9.

(5) Spalato, IV, 124; Cadore, 1545, III, 5; Cesena, 1589, III, pag. 211.

(6) Stat. di Gubbio, 1685, IV, 16.

(7) Editto di Giovanni Battista.

Digitized by Google

13. Prima di pronunziare la sentenza, il giudice doveva fare la *monizione a sentenza*, vero atto di accusa, incitando il reo a confessare. Fino a quel momento la procedura era stata scritta, segreta, tenebrosa: il difensore interveniva quando gli atti procedurali erano compiuti. Pubblicato il processo, si veniva a discussione senza la presenza del reo, ma con quella del difensore: i testimoni uditi nell'istruzione non erano più citati nè intesi: si leggevano le deposizioni raccolte dal notaio: così che la discussione consisteva in un'analisi del processo scritto. Preponderante era l'influenza dell'avvocato fiscale che solo conosceva l'andamento della istruzione sottratta alla cognizione delle parti (1). La sentenza era pronunziata senza motivazioni a suon di trombe e tamburri (2): generalmente vietati gli appelli e le nullità (3): ma anche qui era venuto in soccorso la dottrina elencando casi di nullità (4). Solo rimedio la grazia (5). I processi però dovevansi conchiudere in brevissimo termine (6). Raramente l'assoluzione era definitiva: preferivasi darla in forma dubitativa *pro nunc*, sia in attesa di nuove prove o indizi, sia per *disordine* scoperto dalle autorità superiori. Poi contro l'assolto senza saputa della parte offesa, competeva a questa diritto di riassumere l'inquisizione, o, come a Venezia, di ricorrere a supremi Consigli, e coll'*intromissione* chiedere il taglio della sentenza assolutoria (l. 1549, Ferro, II, 45).

14. Ancora la procedura non era uniforme in tutti i casi, ma variava secondo trattavasi di reati atrocissimi, atroci, gravi, lievi. Negli *atrociora*, in cui andavan compresi i banditi famosi, i *lupi rapaci*, procedevasi sommariamente *ad modum belli*, *ad horas*, *manu regia*, processo detto *statario*, *di forgiudica*, *per indignazione del principe*, *con balia di ragione*, *ex abrupto*, cioè senza le forme ordinarie, contro legge o in suo silenzio, o riducendo o sop-

(1) FOLLERIUS, *Practica dialogica*. Oltre CLARO, FARINACCIO, DE ROSA, SARNO, MARADEI, SANFELICE: CANARIUS, *De quaestionibus*, e BONICONTI, *De accusat. et inquisit.*, entrambi in *Tractatus univ. iuris*, XI.

(2) Editto piemont. di Giovanni Battista, 1680.

(3) Stat. Reggio, 1582, III, 20; Ferrara, 1566, III, 47; Brescia, 1722, c. 23.

(4) GUAZZINI, *Defens. inquisitorum* def. 32 c. 23: def. 36 c. 20.

(5) Donde l'abuso biasimato da BOTERO, *Ragion di stato*, 1589.

(6) Stat. di Orvieto, 1581, IV, 17, in 40 giorni; Stat. di Vergante e Lesa, c. 95, in 2 mesi; Spalato, IV, 3, entro un mese; Cadore, 1545, III, 11, entro 4 mesi. A Feltre, IV, 29, la sentenza pubblicavasi entro 4 mesi in concione senza citare l'imputato.

Digitized by Google

primendo la difesa, sulla flagranza o notorietà, con sentenza inappellabile (1). Il processo statario fu conservato nelle leggi austriache e Giuseppe II ne ordinò l'istruzione sommaria sul luogo del delitto entro 24 ore e l'immediato afforcamento del reo (2).

Anche nei lievi e nelle contravvenzioni procedevasi *sine figura iudicii, sine strepitu, oretenus*, condannando senza formalità, *ex informata conscientia*, e ciò durò fino al sec. XVIII (3).

Nei casi lievissimi, gli venissero per denunzia o per querela di parte, era consuetudine che il giudice incitasse i contendenti ad accordarsi e transigere, ordinando *stante pace facta coram me non molestentur, relaxentur cum mandato de se invicem non offendendo*. In caso di protervia aveva facoltà di carcerare il colpevole o rilasciarlo col mandato *domi* o *per palatium* finchè non si era indotto alla pacificazione, e sempre nei lievi delitti, anche senza remissione dell'offeso, emettere *licentietur*, cioè non farsi luogo a processo (4). Tale procedura orale (*oretenus*) era anche usata pei piccoli furti, furti campestri, risse semplici, ecc., senza processo informativo, ma con sentenza di pena pecuniaria e anche di arresto.

15. Potrebbe alcuno sospettare che tali pratiche giudiziarie fossero antiquate pel sec. XVIII e che sulle dottrine di Claro, Farinaccio, Follerio, Cartario, Bossio, ecc., si fossero realizzati progressi. Ma non è così: le leggi solo in pochi dettagli avevano modificato il tradizionale processo informativo. Le prassi giudiziarie stampate nel sec. XVIII mostrano che se novità si erano introdotte, riguardavano la concessione di più larga difesa all'imputato (5). Continuò l'interrogatorio dei testi in segreto, assente l'imputato e il suo procuratore, restando in facoltà del giudice di ripeterlo in presenza di quello e di questo. Così i testi finivano per seguire

(1) Pragm. 10, de offic. iudic., 1616; Reali dispacci, 1686 e 1741, 1745; Pragm. 10, de exulibus, an. 1732; ZENO, *Procedim. di banno o forgiudica a Napoli e Sicilia. Rivista penale*, 1910; GIGLIOTTI, *Legislaz. lucchese*, III, 106; FERRO, *Dizion. del dir. comune e veneto*, I, 239.

(2) Codice Giuseppino, § 238; Cod. pen. austr., 1803, § 506. Per quello *ex abrupto* in caso di flagranza o di reati atroci, v. le Costit. piemont., 1770, lib. IV, tit. XVII.

(3) Legge di Leopoldo di Toscana, § 66; Cod. di Carlo Felice per gli Stati sardi, 2091.

(4) SARNUS, *Prixis crimin* c. 2 n. 1; DE ROSA, *Prixis crim.*, c. 1 n. 57.

(5) Il disinganno ci è dato dalla *Praxis criminalis sive processus informationis* di Tranquillo Ambrosini da Sinigaglia ridotto alla moderna pratica dal romano T. Scipioni (Aosta-Venezia, 1750).

Digitized by Google

l'istruttore, bastando una sola contraddizione per renderli passibili di incriminazione e essere sottoposti a tortura qualora esistessero indizi contro il reo: i minori di 14 anni erano fustigati: se due testi erano contrari, entrambi erano torturati: così anche chi fuori diceva una cosa e in giudizio un'altra. Continuò il giudizio a essere fondato sul materiale raccolto dall'avvocato fiscale o dai cancellieri, senza contraddittorio, senza valutazione delle circostanze non strettamente pertinenti all'obbietto in causa, ma soltanto sul computo aritmetico delle prove legali che sostituivano alla verità dei fatti quella della legge, chiudendosi così per l'imputato l'estremo appello alla libera coscienza del giudice. Vero è che i criminalisti insegnavano, che poteva interrogare l'imputato anche senza la presenza del cancelliere, promettergli impunità che poi doveva mantenere: ma le abitudini del foro e la grande criminalità (30 mila ladri all'anno nel Napoletano: a migliaia gli omicidi) inducevano i giudici a non dirigere lo svolgimento dei processi, a rimettersi allo scritto del fiscale e dello scrivano, onde venuto meno ogni apprezzamento subbiettivo delle prove, non correggibili nè sostituibili, il loro ufficio esaurivasi nell'assegnare una pena al termine di un processo da altri istruito, davanti soltanto al difensore, non avvertendosi neppure la necessità di farvi assistere l'imputato.

Ovunque ma specie nell'Italia meridionale e in Sardegna la varietà dei fori, la giurisdizione feudale, i privilegi delle città [1] distruggevano ogni eguaglianza davanti alla giustizia. I grandi dignitari ecclesiastici e civili ed i dottori erano esenti dal deporre, i nobili avevano ancora il privilegio di star seduti negli interrogatori sebbene in scanno più basso. Continuava l'uso di bastonare gli inquisiti anche sopra indizi [2]. In quanto alla tortura era pei grandi delitti applicata come per il passato, contro l'imputato e

---

[1] Si allude ai privilegi ricordati a pag. 195 di questa *Storia*: ai quali va aggiunto il simile goduto dai Cagliaritani di non essere convenuti *in primis causis civiliter vel criminaliter extra civitatem*. Fu loro concesso dai re spagnoli quanto godevano i cittadini di Barcellona; PITZORNO, *Leggi spagnole nel Regno di Sardegna*, 1919, pag. 121.

[2] Un Dispaccio napol., 20 ott. 1736, vieta agli scrivani di maltrattare gli inquisiti nel tempo delle loro deposizioni senza ordine del tribunale: altro dispaccio del 13 settembre 1751 dice: « Occorrendo interrogare con bastonate preceda decreto *in aula*, che ne determina il numero ». Sulla tortura v. Costit. piemont., 1770, IV, tit. XIII.

Digitized by Google

anche contro i testi: nel Napoletano però per opera della dottrina era di fatto quasi abolita, anche prima della Pramm. 1738.

In quanto alla difesa, il processo non si pubblicava se alcuno degli imputati era contumace. Nessuna pubblicità nel dibattimento. Le leggi ordinavano l'interrogatorio del reo entro tre giorni dalla cattura; poi era posto *ad largam* (1), nelle carceri, per conferire coll'avvocato, indicare testi; ma nel fatto l'imputato marciva in oscure tane, senza conoscere l'imputazione, solo colla certezza di misteriose trame contro di lui, e l'invisibile ordito del fiscale lo trovava per lo più indifeso. Il solo rimedio valido era per l'avvocato constatare che non esistevano le prove legali (che non si ripetevano al momento della cognizione, ma solo si riferivano come raccolte dallo scrivano); oppure criticarle se non rispondenti a quelle che per leggi richiedevansi a provare quel reato. Nessun controllo sui modi con cui l'istruttoria era stata condotta. Le sentenze non erano motivate; e a Napoli non si potè applicare una legge fatta nel 1774, la quale per frenare l'arbitrio dei giudici aveva prescritto che fossero ragionate, coi punti di fatto e di diritto.

16. Il sec. XVIII conta al suo attivo alcune riforme nel campo della procedura criminale e abbastanza notevoli. Nel Piemonte Carlo Emanuele III nel 1770, a Modena Francesco III nel 1773, in Lombardia Maria Teresa colle sue *Costituzioni criminali* del 1768 e Giuseppe II nel 1796, in Toscana Pietro Leopoldo nel 1786, negli Stati pontifici alcune bolle pontificie, specialmente rendendo stabili le magistrature, costituendo organi superiori di revisione, avevano smosso il carro della giustizia dal pantano in cui stava da secoli. Una buona giustizia chiedevano gli scrittori se non l'inesistente opinione pubblica. Si ordina speditezza (2); si impone la registrazione degli interrogatori e dei testi da farsi alla presenza di due persone (3); si vietano le domande suggestive, le promesse di impunità e le minacce (4); si impongono precauzioni nei confronti (5); la difesa deve essere assicurata anche con un avvocato di ufficio (6); il giudice deve presupporre l'innocenza

(1) Così in bolle di Paolo III e di Pio IV; e così a Milano e a Napoli.
(2) Costit. piemont., 1770, lib. IV, tit. 3.
(3) Codice di Giuseppe II, § 94; Bolla di Paolo V del 1612.
(4) Constit. theresianae, 31, 32.
(5) Codice di Giuseppe II, § 125; Nuova legisl. toscana, § 237.
(6) Costit. piemont., 1770, lib. IV, tit. 12; Cod. di Francesco III, lib. IV, tit. 10.

Digitized by Google

dell'indiziato e cercarne con zelo le circostanze favorevoli [1]; si vietano le prove privilegiate e i processi segreti. Più ancora si fece in Toscana ove si soppressero le denunzie segrete, le accuse contro i parenti, le deposizioni dei testi ufficiali, si escluse l'arbitrio dei giudici nell'applicare le pene. Ma ancora il rito si trascinava dietro un carico di pregiudizi e difetti depositati dai secoli precedenti.

17. Timide riforme furono iniziate a Napoli colla Pramm. 1738 che prescrisse: *le diligenze e l'informativo servano solo pro instruenda curia*: poi proseguite coll'altra 1774 di Ferdinando IV su ispirazione di Filangieri, ordinante la motivazione delle sentenze, « per rimuovere l'arbitrio e allontanare il sospetto di parzialità, e per fondare le decisioni non sull'autorità dei dottori, ma sulle leggi ». Ma non era abolito il giudizio di *truglio* o di *in concordia*, vera transazione col reo, quando le prove erano insufficienti a condanna, per cui su un convincimento empirico del giudice procedevasi all'*arbitramento degli indizi* e a pena straordinaria. Nè era abolito il *guidatico*, specie di liberazione condizionale che trasformava i banditi in agenti di polizia.

Peggio ancora in Sicilia, che si era mantenuta più ligia alle antiche pratiche, più refrattaria alle novità, forse sotto l'ossessione di una forte criminalità. G. B. Nicolini, illustre giurista dei primi anni dell'800, scriveva che il *rito siculo* suonava sempre troppo duro alle orecchie dei giuristi napoletani. Ecco come lo descrive il palermitano Franc. Di Blasi (morto sul patibolo nel 1795 per la sua partecipazione a una congiura repubblicana, invitto martire della libertà) conoscitore profondo del diritto siciliano, che avrebbe voluto migliorare: « In Sicilia quanto vi ha di lunghezza nelle cause civili, tanto di precipitanza decide della vita di un cittadino. La parola stessa *ex abrupto* lo dimostra ad evidenza. Uno accusa: due testimoni lo affermano: qualunque sia la loro condizione, per lo più fanno fede. Senza sentirsi il supposto reo, si mette nelle forze della giustizia: si ricerca del delitto, si costringe a confessare con tormenti. Con una confessione il più delle volte strappata dal timore o dalla vessazione si perfeziona la prova del delitto ed il processo fiscale, e fin qua il reo non si ascolta ed è costretto ad un profondo silenzio. Si stabilisce il termine in cui deve trattarsi la causa, così detta *modo di*

(1) Codice di Giuseppe II, § 87.

Digitized by Google

procedere: per lo più non si accordano che otto giorni al reo per difendersi dopo che il fisco da più mesi abbia vacato nell'ammanire le prove fiscali. Un avvocato ed un procuratore mercenari, che lodevole il Sovrano mantiene a sue spese, ma che poco si interessano delle lagrime degli innocenti, con arringhe per consueto uniformi e con esclamazioni male a proposito e con eccitare una malintesa pietà che vieppiù conferma i giudici nell'idea del delitto, li difendono in quel breve periodo, si pronunzia con questa precipitanza un arresto ed il medesimo è di natura sua inappellabile. Sol dai magistrati inferiori si ammette una revisione di questa sentenza, ma se per disavventura in prima istanza lo condanna il tribunale della Gran Corte, il suo fato diventa ineluttabile e la di lui morte non si può evitare » (1).

Ad aggravare i vizi di tali ordini giudiziari stava un ulteriore disordine, quello dell'intervento diretto del principe, dal quale emanava la giustizia, quindi il diritto di sospendere ed estinguere l'azione giudiziaria. Gli scrittori politici di questo tempo a lui riconoscono il diritto di grazia, indulto, amnistia, colla conseguenza dell'*abolitio*. Nè solo al principe ma anche ai baroni provvisti del mero e misto nell'Italia meridionale spettavano tali privilegi di sospendere i processi e graziare dalle condanne, e ciò a Napoli anche se la causa era davanti la M. Curia (2).

Tanti difetti autorizzavano il giudizio del napoletano Mario Pagano (*Consideraz. sul processo penale*, 1794): essere la procedura un romanzo in cui tutto si dipingeva secondo l'animo dell'istruttore che contestava l'accusa con domande oscure, equivoche, traversali, e dava alle risposte una fisionomia unitaria anche laddove la materia era più contraria a riceverla: ritenersi il giudice in regola colla propria coscienza, quando aveva verificato se gli elementi su cui fondavasi l'orditura del processo rispondevano ai canoni legali pei quali ogni prova aveva ricevuto nella dottrina un apprezzamento e una qualifica.

18. Bisognava che a larghi fasci penetrasse la luce in tanta oscurità, che si spezzassero i vincoli che stringevano la mente umana alle tradizioni, che liberamente si riesaminasse l'intrinseco valore dei vecchi dogmi giuridici e politici, e sopratutto quello che la

(1) *Nuova raccolta di opuscoli di autori siciliani*, vol. III, pag. 255.

(2) Di tali privilegi invece erano stati spogliati i baroni nello Stato pontificio per bolle di Giulio II, Pio V, *Bullarium*, pag. 153, 919.

Digitized by Google

sicurezza sociale non può sacrificare i diritti individuali. Bisognava quindi cominciare con una riforma del diritto penale, ed ecco il merito di Cesare Beccaria che scotendo il giogo opprimente del principio di autorità che isteriliva il pensiero nella morta gora dell'erudizione, pose le nuove basi della scienza penale. Le sue critiche colpirono anche il procedimento proclamando la pubblicità e la libera difesa, ponendo per fondamento al giudizio la certezza morale del giudice, condannando la tortura e il giuramento dell'imputato, affermando che ognuno poteva essere assunto quale teste. A lui seguì Gaetano Filangieri che nel 1786 propugnò che l'accusa deve essere libera e popolare, i dibattiti pubblici, i giudici del fatto diversi da quelli del diritto, immediata la contestazione dell'imputazione, estesa a tutti e fin dall'inizio l'assistenza del difensore, risarciti i danni all'accusato innocente: concetti ripetuti e ampliati da Mario Pagano, e anche corretti, quando per es. ai giudici popolari voluti da Filangieri preferiva le magistrature permanenti e l'appello, e tutto con oralità e pubblicità.

Queste opere suscitarono fervore di dispute, quali pel processo accusatorio, quali per l'inquisitorio: citavansi gli esempi di Roma e Atene in difesa del primo, quale più favorevole alla difesa dell'imputato: si replicava essere la tutela sociale più importante della libertà individuale e meglio assicurata dal secondo. Vi era certo un elemento morale e sentimentale di valore nel propugnare l'accusatorio; ma in quel tempo la giustizia maneggiavasi quale arma politica e non poteva privarsi dei vantaggi dell'inquisitorio, difeso anche da Genovesi con alcuni temperamenti.

La dominazione francese innovò molto nel procedimento penale.

Digitized by Google

CAPO X.

Procedimento criminale contumaciale

1. Il punto di vista sotto cui venne considerata la contumacia si è più volte mutato, movendosi fra i due estremi di una severità eccessiva e di una eccessiva mitezza. Il grado di civiltà, le stesse condizioni sociali hanno stampato la loro impronta in quest'istituto, sul quale al disopra dell'interesse privato si agita una questione di ordine più elevato, quella dei rapporti fra autorità pubblica e cittadino. Quando lo Stato era poco armato per raffrenare le forze riluttanti al suo impero e per sottomettere le potestà che ne avevano dapprima usurpato gli uffici, la contumacia fu considerata quale delitto, e la sanzione punitiva si aggravò sul privato che tentava disconoscere e fuggire la pubblica giurisdizione: dove invece l'autorità dello Stato potè affermarsi in tutta la sua pienezza, non fu bisogno incrudelire sui contumaci.

Nel medioevo italiano, per queste ragioni, la contumacia assunse carattere delittuoso: l'inosservanza alla citazione per rispondere di un delitto o di una semplice obbligazione civile apparve disobbedienza agli ordini del magistrato: soltanto la pena si fece più mite nel secondo caso, perchè invece della confisca la pratica ridusse la pena alla *investitura salva querela* od al pignoramento, secondo che si trattava di azioni immobiliari o nascenti da delitto [1]. Però al concetto essere la contumacia un reato si ispirò la legislazione del sec. XIII e XIV: *contumacem non conventum civiliter vel criminaliter accusatum tertia parte bonorum mobilium*

---

[1] Liber pap. ad Ludov., 16, ed Esposit., § 2, Ludov., 17.

Digitized by Google

nostro erario mulctari (1). Il *bannum pro contumacia* è sancito negli Statuti: se una pena è minacciata rispetto alle cause civili, questa pena è raddoppiata per le criminali, ed è pur lecito al giudice imporne delle maggiori secondo la qualità delle persone e del delitto. Si può dire che il *bannum* era il mezzo più efficace di cui disponevano i pubblici poteri per obbligare le persone a rispondere alle citazioni, e per impedire che quelli coinvolti in una procedura penale si dessero alla latitanza a cui erano indotti anche gli innocenti per il difetto di guarentigie.

I Comuni elevarono il bando a vera misura di polizia e di intimidazione contro la facile impunità che ai rei offrivasi varcando il confine e ricoverandosi nel territorio di altro Comune, dove per la mancanza di trattati di estradizione e per lo stato di guerra quasi permanente fra Comune e Comune non erano raggiunti. Per questo il bando o la forgiudica contro il contumace importava pene severissime: *si non veniret ad mandamenta, omnia sua bona destruantur et quae destrui non possent, populo publicentur* (2): il contumace posto in bando e non presentatosi entro 10 giorni incorra nella confisca (3): il citato che non compare nel termine, *iudex faciat eum exbanniri dando ei terminum secundum qualitatem cause, delicti, personarum et loci... Si non venerit... debeat tamquam si de maleficio constaret condemnari: et eius contumacia habeatur pro plena probatione* (4). Presentandosi anche dopo la condanna, deve soddisfare una somma *pro banno* e si rinnovi il giudizio (5). Tale procedimento colpiva i citati per gravissimi crimini, gli *atrocissima*, quelli puniti con pena capitale, mutilazione, carcere perpetuo: essi erano i *forbanniti*, i *foriudicati* che chiunque poteva uccidere (6) perchè bastava la pubblica fama a condannarli (7):

---

(1) Const. Regni Sic., I, 99; Stat. di Rivalta, ed. CLARETTA, 1878: *citatus personaliter et non venerit, solvat pro banno*; di Porto Maurizio, in DONEAUD, *Storia*, ecc., 1875. Era scusa alla contumacia l'infermità o la schiavitù: Ritus M. R. Curiae, 287.

(2) Ordinamenta de societatibus populi, an. 1286; Breve pop. Pistorii, pag. 173.

(3) Breve id., II, 100, III, 207.

(4) Stat. di Pistoia, 1294, III, 2, 5; IV, 53.

(5) Id., Modena, 1327, III, 1; Piacenza, III, 2.

(6) Const. regni Sic., II, 3.

(7) Stat. di Pistoia, III, 5: *nullus debeat condemnari tamquam assessinus propter contumaciam nisi probetur per publicam famam*; Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 6.

Digitized by Google

nè contro questi rinnovavasi il processo, tenendo la contumacia come confessione, eseguendosi intanto in effigie la condanna, permettendo a chiunque eseguirla sulla persona *modo belli*. Nel caso di *forgiudica*, se il condannato cadeva nelle mani dell'autorità, riconosciutasi l'identità, era inferta la pena. Forgiudicare significava giudicare al di fuori di ogni rito e forma giudiziaria tale bandito tenendosi *pro monstro*, senza diritto di appello o di revisione e dandosi lode a chi ne liberava la società (1): e parve raddolcimento limitare la forgiudica alla categoria dei gravi e atroci reati (2), e riducendo la conseguenza della contumacia nelle ferite e nei furti alla confisca notata nel *libro inferni*, nome dato dal popolo a tale odiosa procedura.

2. La materia del bando attrasse l'attenzione di tutti gli antichi criminalisti (3), e anche Bartolo scrisse un trattato *de bannitis* (4). Essi introdussero importanti distinzioni fra colpiti da bando per ragioni di partito e accusati di crimine, citati in un processo informativo, contumaci alla *citatio realis*, non costituiti in carcere. Questi giuristi trovavansi di fronte alla massima romana: *ne quis absens puniatur... inaudita causa quemquem damnari aequitatis ratio patitur* (5), e il loro sforzo fu di giustificare il diritto del tempo e la *consuetudo generalis* d'Italia, come dice Gandino (6), *totius mundi*, come più tardi disse Claro (7), di punire i contumaci e di eseguire le sentenze contro i banditi, e ciò fecero assimilando il bando a una provvisoria sentenza di condanna a cui doveva seguire altra definitiva motivata. Così per la prima non occorreva inchiesta, essendosi l'imputato posto fuori della legge sottraendosi ai suoi giudici, non rispondendo alla citazione, e il banno così pronunciato teneva luogo di pubblica citazione. Tale attenuazione del banno trovasi formulata da Ippolito de Marsiliis (8) e dopo di lui si cominciò a distinguere tra

(1) Const. r. Sic. II 3: Stat. di Corsica, II 58: Roma, II, 16.

(2) Capit. Caroli II, de foriudicatione: Cost. egidiane, II, 29.

(3) A. DE GANDINO, ANG. DE GAMBILIONIBUS, JACOBO DE ARENA, NELLO DA S. GEMINIANO nei *Tract. univ. iuris*, t. IX, p. II, vol. XV.

(4) Ove si parla anche dei diritti dei banditi.

(5) L. 1, Dig. XLVIII, 17.

(6) *Libellus super maleficiis* nel *Tractatus de maleficiis* ANGELI ARETINI (Ven., 1598) al paragr. quid sit agendum, pag. 299.

(7) CLARUS, § fin., qu. 64; FARINACCIUS, *Praxis*, I, qu. 11.

(8) *Practica crimin.*, § aggredior, n. 106, 1535, pag. 139.

Digitized by Google

crimini capitali e delitti minori, applicando ai primi la norma romana e limitando alla confisca dei beni le misure da prendersi contro i contumaci, cosicchè il *bannitus* non incorreva senza altro nella pena capitale nè era fuori della legge per il solo fatto di essere assente: contro lui avevansi solo presunzioni di colpabilità, e dicevasi occorrere giudizio regolare con sentenza definitiva. Da ciò la distinzione di *bannum* e di *secundum bannum*. Il primo è detto *sententia interlocutoria*, necessaria prima di giungere alla definitiva, cioè al bando (1). Queste dottrine non penetrarono nelle leggi dei secoli XIII e XIV, e Gandino attesta di una consuetudine secondo la quale, appena avvenuta la citazione, il contumace *ponitur in banno Comunis et super illa accusatione et banno condemnatur et ita observatur in Lombardia, Marchia, Tuscia et alibi per tota terra:* egli pensa che senza *lit. cont.* non si possa pronunciare sentenza definitiva: *tamen contrarium est.* Sempre secondo questo criminalista, gli statuti negavano al contumace *bannitus* di potere *innocentiam suam purgare* (2), nè il suo processo si rifaceva se si presentava ed era catturato, *sed sola executio sufficit*: quindi nessun nuovo processo (3): soltanto gli si concedevano tre giorni per ordinare le sue cose e prepararsi all'estremo castigo (4). Se restava contumace, tosto si scriveva *adnotatio bonorum* senza attendere l'anno (5).

A tanta efferatezza opponevansi gli scrittori, dicendo: sieno bensì vietate le eccezioni dilatorie, frivole, ma non quelle a prova dell'innocenza: il principe non può privare chiunque dei diritti naturali: statuti siffatti sono iniqui, assurdi, contro Dio, contro la giustizia, l'equità, il rigore *et contra honorem superioris*. Il principe denegherebbe giustizia e le genti vivrebbero in ansietà e timore « considerando che l'innocenza non libera dalla pena ed è lo stesso essere innocente o reo, dabbene o iniquo » (6). Una forma di conciliazione fra il rigore delle leggi e l'imperioso sentimento di giustizia si credè trovare nel sottoporre i contumaci e i banditi

(1) Bossius Arg., *Tract. varii crimin. materiam continentes*, Lugd., 1566, tit. de bannitis, pag. 462.

(2) Gandino (quid sit agendum reo absente), pag. 299.

(3) Bossius, o. c., de reis inquir., pag. 38.

(4) *Et tale statutum est hic Bononiae*; Hyp. de Marsiliis, o. c., § ultima quaestio, pag. 122.

(5) Gandino, o. cit.

(6) *Practica*, § aggredior, n. 106.

Digitized by Google

catturati alla tortura: gli indizi esistevano nel fatto della latitanza: la tortura doveva estorcere la confessione: cosicchè per mezzo del procedimento inquisitorio si venne a istruire contro essi almeno un regolare giudizio dipendente dai risultati della tortura.

Tale eredità di sanzioni illogiche e crudeli non fu ripudiata dalla legislazione dei sec. XVI e XVII. Si era introdotta, è vero, una distinzione fra banditi condannati in contumacia alla pena capitale e banditi *ad inquirendum*, ma la distinzione riguardava solo il termine concesso a questi ultimi per presentarsi e sottostare al giudizio. Scorso detto termine, le conseguenze del bando erano identiche per tutti, e le sentenze restavano inappellabili. Una legge veneta del 1520 chiarisce la pratica del tempo e nello stesso tempo l'incapacità dei governi a riformarla. Notavano i Pregadi che « essendo in alcune città e luoghi nostri per li soi statuti ordinato che quando vien data querela over fatta inquisitione contro alcuno di qualche delitto, quelli sono citati over proclamati a far le sue difese, li detti statuti sono durissimamente interpretati... Et el più delle volte assai de quelli che sono proclamati e sono senza colpa alcuna non si presentano, chi per non haver notitia delle proclame, over non esser nelli lochi dove sono proclamati, et chi per altre cause... e sentiamo che se per alcun tempo venivano nelle forze, se debba inquerir contro di loro... et s'intendino essere banditi *ad inquirendum* ». Ora per gli statuti dei dominii di terraferma e per un decreto dei Pregadi del 1504 (1) anche tali banditi, non presentandosi entro il termine, si avevano per infesti « ita che a loro fusse dato il supplicio della morte », e tali sentenze erano inappellabili, e perciò pur essendo innocenti non avevano mezzo di purgare la loro innocenza e dovevano per salvar la vita restare contumaci. Vollero i Pregadi nel 1524 riformare tali statuti, disponendo che, nel caso si presentassero, le sentenze di condanna fossero revocate ed annullate, salvo che « per gli homicidi pensati e casi atroci » — che le proclamazioni fossero indette soltanto contro coloro sospetti per indizi o prove. Ma ecco a tre mesi di distanza riconoscersi « gli effetti della deliberazione cattivi e del tutto contrari alla giustizia » pel ritorno nelle città di tanti banditi nella speranza di « aggiustarse con diversi mezzi »; revocarsi la deliberazione e ripristinarsi quella del 1504, secondo

(1) Volumen statut., ed. 1606, decreta, pag. 54.

Digitized by Google

cui, trascorso il tempo, i contumaci si avranno per banditi procedendosi « contro loro come se avessero confessato il delitto per il quale si fossero absentati ». Della riforma tentata rimase solo che si proclamasse contumacia sopra prove e indizi: così la legislazione veneta non si distinse da quella vigente negli altri territori italiani (1) e specialmente nello Stato di Milano e pontificio, cioè: *contumax verus habetur pro confesso et convicto per statuta per totam Italiam vigentia* (2); e se la pena del reato era la capitale, veniva assimilato al bandito, condannato, senza più procedersi *ad inquirendum* per essere trascorso il tempo concessogli a presentarsi; e come tale iscritto nei *libri proscriptorum* o *bannitorum*, dei condannati *in poenam confessatorum*, cioè alla morte, oltre la confisca dei beni, secondo la qualità del reato, con divieto ad ognuno di ospitarlo e nutrirlo, coll'obbligo di catturarlo. Incorreva nella perdita di tutti i diritti, trattato come morto, come *hostis* a cui la città aveva dichiarato guerra: quindi impunità a chi lo uccideva: e se mosso era anche *odio privato*, l'uccisore godeva dell'impunità perchè aveva servito alla pubblica utilità (3): però il giurista corregge: *sed non potest secundum ius divinum quia talis homicida punitur poena aeterna* (4), e nemmeno secondo il diritto comune (5). Era regola dei tribunali, e Claro lo attesta per Milano (6) e altri per lo Stato pontificio (7), che i giudici *eodem contextu* dichiarassero la contumacia, condannassero *et absque alio processu sententia contra eum executioni demandatur* (8). Conse-

(1) Stat. di Modena, 1547, III, 3; Reggio, 1582, III, 3; Forlì, 1615, III, 4; Firenze, 1415, III, 18; Cadore, 1545, III, 9; Ferrara, 1567, III, 6; Verona, 1582, III, 3; Parma, 1590, III, pag. 116; Lucca, 1539, IV, 2; Bologna, 1589, II, 175, 178; Lodi, 1538, fogl. 95; Novara, 1573, III, pag. 128; S. Marino, 1600, pag. 73; Vigevano, 1608, pag. 135; Editto di Emanuele Filiberto, 1565; Costit. piemont., 1770, lib. IV, tit. XIV; Pramm. sarda, ed. Vico, IX, 8.

(2) Caballus, *Resolut. crimin.*, 1629, vol. II, casus 256; Cartarius, *De executione sentent. contumacialis*, 1587, c. 1, n. 330-396.

(3) *Contumaces lapsis terminis defensionis et poena imposita, habentur pro bannitis, ita ut illos occidens non incidit in poenam*; Clarus, § Homicidium, n. 197; Farinaccius, qu. 103, n. 123 e segg.; Caballus, o. c., casus 275.

(4) Hyp. de Marsilis, o. c., § aggredior, n. 10, 1535, pag. 129.

(5) Ambrosini, *Praxis crimin.*, 1750, lib. III, c. 7, pag. 160.

(6) § finali, qu. 64.

(7) Ambrosini, l. cit.; Scaccia, *De iudiciis*, cap. 86, n. 49.

(8) In altri luoghi *prius ponitur in banno et postea condemnatur*, informa

Digitized by Google

guenza di tali leggi era che al massimo potesse il giudice, nel caso si presentasse o fosse catturato, sottoporlo a tortura per sostituire la *confessio ficta* colla vera: la fuga e la latitanza tenevano luogo degli indizi necessari per la tortura (1).

4. Tanto rigore spinse la giurisprudenza a escogitare rimedi e limitazioni. Si osservò che il giudice procedendo a condanna senza istruire processo, agisse come privato e non gli si dovesse obbedire: *sine cognitione causae non valebit actus et hoc maxime in causis criminalibus ubi de gravissimo praeiudicio agitur:... Lex abhorret ut ex praesumptionibus quis damnetur*: così il milanese Egidio Bossio, che richiamava parole di Lodovico Sforza: *nolo ut quis moriatur propter contumaciam*, e aggiungeva che il senato di Milano voleva la certezza che quel bandito fosse veramente reo del delitto di cui era imputato (2). La dottrina italiana progrediva così illuminata, mettendo in contrasto le leggi col diritto romano e canonico; certo non era seguita dalla pratica dei tribunali, che piena di contraddizioni accoglieva le prove contro il contumace, quelle *in odium eius facta fide prius de infamia* (3), non quelle in difesa. Claro constatava che ciò era contro il diritto *sed in practica servatur totum contrarium*, anzi il giudice che *ex officio* produceva testi *pro reo* contumace era ritenuto *imperitus* e poteva *ut fatuus ab officio removeri* (4). Tuttavia la dottrina persisteva in senso diverso dalla pratica sostenendo la fuga per sè sola non somministrare indizio per tortura, occorrere indizi urgenti e, per condannare, la confessione o prove piene e concludenti: richiedeva citazioni nelle forme regolari in seguito ad accuse o a inquisizione promossa da fatto notorio o pubblica fama; la contumacia non desumeva dall'assenza ma dall'*animus latitandi*: e poi raccomandava prudenza e moderazione: *tu, iudex, sis multum cautus, fac processum rite et recte: nunquam ex confessione ficta poteris damnari nisi processus fuerit rite et recte formatus: iudex non potest nec debet condemnare, licet ex forma statuti debeat haberi pro confesso: non valet statutum*

FARINACCIO, I, 1, qu. 11, n. 44. Cfr. BOSSIUS, *Tract. varii*, tit. de bannitis, 1566, pag. 475.

(1) Legge fiorentina del 1558, cit. da SABELLI, *Practica*.

(2) O. c., tit. de reis inquirendis, n. 1, pag. 49.

(3) BONISCONTUS, *Tract. de accusat. et inquis.*, in *Tract. univ. iuris*, XI, p. I; ANT. DE CANARIO, *De excusatore*, n. 4, id., pag. 308.

(4) CLARUS, § fin., qu. 64, n. 10.

Digitized by Google

quod liceret procedere sine causae cognitione (1). Così anche, sebbene le leggi vietassero l'appello dalle sentenze penali (2) e vieppiù da quelle contumaciali (3), e accogliessero appena il ricorso in grazia, sempre la dottrina italiana sosteneva, pure attraverso alle solite distinzioni, che il contumace si purgasse col pagamento di un'ammenda, che la sentenza pronunciata rimanesse annullata, che fosse reintegrato il diritto della difesa, assommandosi la contumacia agli altri indizi per applicare la tortura (4).

Così se ancora le leggi del sec. XVIII ripetevano le precedenti norme della contumacia (5), tali breccie avevano aperto gli interpreti da attenuarne in gran parte l'efficacia; e ciò prima che i giusnaturalisti assalissero apertamente il vecchio arsenale legislativo e consuetudinario. Nel Napoletano, per es., la forgiudica era scritta nelle leggi ma non applicata: se ne manteneva la forma, ma talmente si erano estesi i casi di scusa che nemmeno la confisca aveva da tempo più luogo (6): era ammesso che il presentarsi al tribunale purgasse la contumacia (*audiantur*), che provare il delitto fosse a carico del fisco, che l'imputato potesse in qualunque tempo difendersi.

Sempre incline alla maggiore severità stava la Sicilia, ove il procedimento criminale contro i contumaci per gravi reati si conchiudeva col *bando delle teste* che anche nel 1750 si promulgava ogni anno. In virtù di esso « qualsiasi bandito, fuorgiudicato, ladro di passo pubblico o discorsore di campagna il quale ammazzerà o prenderà vivo rispettivamente qualsiasi bandito

---

(1) SCANAROLUS, *De visitatione carcerat.*, 1635, in appendice, c. 33. CARTARIUS, o. c., c. 1; CABALLUS, o. c., casus 110 e 250. Ma anche nel sec. XV così aveva detto ANGELO ARETINO, *De maleficiis*, Ven., 1555, qui dominus iudex, n. 32.

(2) *Secundum statuta vigentia per totam fere Italiam et maxime in Statu florentino non datur appellatio in criminalibus*; CABALLUS, o. c., casus 11.

(3) Stat. Venetorum, decret. 1466, pag. 55.

(4) Così GUAZZINI, *De defensione inquisitorum, reorum*, ecc., 1639, I, defens. 36; MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaest.*, lib. I, qu. 84; SCANAROLUS, o. c.

(5) Stat. di Bergamo, 1727, collatio III; Feltre, 1749, IV, 6; Brescia 1722, stat. crimin., c. 2; Belluno, 1747, III, 2; Casalmaggiore, 1717, pag. 23; Gubbio, 1685, IV, 2, 5; Brescello, 1697, III, 1.

(6) MARANTA, p. VI, pag. 524; FOLLERIUS, *Practica crimin. dialogica*, Ven., 1590, pag. 147; SCIALOYA, *Praxis foriudicatoria in regno neap. contra reum absentem*, c. 7, Nap., 1629.

Digitized by Google

fuorgiudicato ecc. che sia maggior delinquente di esso... si intenda indultato di ogni e qualsivoglia delitto... con che possa di più nominare un altro ladro, bandito, criminoso di minor reità bensì a confronto di quello che ammazzerà o prenderà vivo il quale si intenda ammesso allo stesso indulto ». Se questi beneficati di indulto erano processati dietro accusa di parte civile, l'indulto o *guidatico* aveva la durata di 5 anni: « se infra li 5 anni otterranno la remissione della parte accusatrice siano perpetuamente indultati, perdonati *penitus* e per sempre ». La dichiarazione di aver ucciso il malandrino dovevasi fare per atto pubblico entro un mese: dopo « non possan nominare verun delinquente nè tampoco vendersi le suddette teste ». E per di più donavansi agli indultati i cavalli, le armi e le vesti appartenenti agli uccisi (1).

La prima parola legislativa di riforma fu pronunziata in Toscana nel 30 novembre 1786 da Pietro Leopoldo quando ordinò che la contumacia, la latitanza o assenza dallo Stato non si eguagliassero a confessione, che la pena irrogata si intendesse sospesa, che anche sui beni inventariati per la confisca la parte offesa non acquistasse diritto, che, presentatosi il reo, si discutessero le sue difese, talchè il giudice dovesse o confermare o rivocare la prima sentenza secondo quello che richiedeva lo stato attuale della causa. Era così sancito quello che la dottrina italiana aveva fin dal tempo di Claro auspicato.

---

(1) Sicul. Sanct., vol. V, pag. 207, 303. Traeva la sua origine dalle Const. r. Sic., II, 3; dalle Pramm. di Ferdinando II, de exulibus, c. 9; da altra Pramm. sic., tit. II, pramm. 12, vol. I, pag. 20 e segg.; Pramm. 4, tit. XLVIII, vol. I, pag. 291; Pramm. 11, § 12, tit. XI, vol. III, pagina 70. Vedi ZENO, cit.

Digitized by Google

CAPO XI.

Le prove nel processo civile e criminale

Tractatus universi iuris, tomus IV, con monografie di LANFRANCUS DE ORIANO, *De instrumentorum fide, de probationibus, de confessionibus*; di ANT. DE BUTRIO, *De notorio*; di BUTRIGARO, di BARTOLO, di BALDO, *De testibus*; di ALCIATO, *De praesumptionibus*, ecc.; ZILETUS, *Tract. de testibus* (con 24 monografie), Ven., 1568; MASCARDUS (di Sarzana, m. 1580), *Conclusiones probationum omnium*, 2 vol. 1563, 1670, 1686, 1571; FARINACCIUS, *De testibus*, Ven., 1589, 1596; MENOCHIUS, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, 2 vol., Ven., 1603, 1724; BLANCUS, *Tractatus de indiciis homicidii et furti*, Ven., 1549; DE GUIDO HECT., *De viribus confessionis iudicialis et extra iudicialis tam in civil. quam in crimin.*, Nap., 1637; CAROCIUS, *Tractatus luculentus de iuramento litis decisorio*, Ven., 1595; PACIANUS, *Tract. cui incumbat onus probandi*, 2 vol., Francf., 1565; FERMOSINUS, *Tract. de probat.*, Lugd., 1662; CALA, *De modo articulandi et probandi*, 1598, 1693; IMBRIACUS, *De restit. ad probandum*, Nap., 1621; PERTILE, vol. VI; LATTES, *Diritto consuetud. delle città lombarde*, 1899, pagg. 97-108; BRUGNOLI, *Della certezza e prova criminale con confronto di varie legisl.*, Modena, 1846; LEGA, *De iudiciis eccles. civilibus*, Roma, 1896; SALVIOLI, *Note per la storia del procedimento criminale*, negli *Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche della Società Reale di Napoli*, vol. XLV, 1918; ENDEMANN, *Beweislehre*, 1860; GROSS, *Beweistheorie in kanon. Lehre*, 2 vol., 1867-1880; HILDEBRAND, *Purgatio canonica u. vulgaris*, 1841; MOLITOR, *Kanon. Gerichtsverfahren*, 1876; HINSCHIUS, *Kirchenrecht*, VI; Id., *Beiträge zur Lehre von d. Eidesdelation mit Rucksicht auf d. kanon. R.*, 1860; ZIMMERMANN, *Glaubenseid.*, 1863; SCHRUTKA u. RECHTENSTAMM, *Zeugnisspflichte u. Zeugnisszwang*, 1879; HIMSTEDT, *Die Umbildung des Zeugenbeweises im italienische Prozessesrecht des XIII Iahrhund.*, 1912.

1. Nei fatti giudiziari, specie criminali, gli uomini non sono sempre andati alla ricerca della verità nella stessa maniera e non li hanno sempre interpretati cogli stessi criteri: hanno

Digitized by Google

visto mille difficoltà occulte o palesi, che impediscono la scoperta del vero; e contro l'egoismo degli interessati, la menzogna, lo spirito litigioso, il disprezzo della legge, la corruttibilità dei giudici hanno cercato i rimedi. Poichè il magistrato sembrava non possedesse la prudenza nel maggior grado o non era investito di quella autorità che nelle epoche favolose gli veniva dalla stessa divinità, si volle trovare una relativa sicurezza in procedimenti esteriori formali determinati dalla legge. È questa un'attitudine dello spirito che non si è manifestata solo nei procedimenti giudiziari, ma in tante altre circostanze, consistente nell'ossequio all'autorità, nella rinunzia a ragionare, nella diffidenza ad ogni soggettivismo, qualità negative che poi nel processo si traducono nel sostituire alla certezza morale la certezza della legge. Di ciò si vedrà l'applicazione in questa storia delle prove.

Corrispondente all'alto grado di sviluppo giuridico a cui arrivò il popolo di Roma, stette la posizione del giudice di fronte alle prove che egli valutava liberamente: in corrispondenza allo stato di inferiorità del medio evo e poi all'autoritarismo che vi dominò, per la prevalenza data alle prove formali alle quali doveva attenersi il giudice nelle sue risoluzioni, egli era vincolato a quella prova voluta dalla legge o dalla consuetudine, sopra elementi materiali. Il presupposto fu la diffidenza sulla capacità del giudice al quale non si volle abbandonare la libertà e l'onore degli uomini. Tali i concetti fondamentali delle leggi germaniche, ai quali non interamente si piegò la più sviluppata e agile mentalità latina, che subito fece una selezione fra quei sistemi probatori importati, e alcuni respinse e altri modificò innestandovi i criteri tradizionali romani e quelli elaborati da una forza spirituale che per altre vie non formali cercava la verità, cioè la Chiesa. Ecco così le lente ma sostanziali trasformazioni che dopo il mille si verificarono nella struttura delle prove e nelle loro valutazioni. Tali modificazioni si iniziarono col favore che ebbero le inchieste nelle quali si fece più largo posto alle deposizioni dei testi e al notorio, dando quindi minor adesione alle varie ordalie. L'azione del tribunale non fu esclusivamente passiva, confinata cioè a constatare l'adempimento dei riti prescritti e a proclamare la verità formale. La Chiesa, in pieno medio evo, contro le pratiche germaniche intraprese una lotta quotidiana, durata per secoli oltre le Alpi, in Prussia e in Sassonia che non accolsero il diritto probatorio romano-canonico. La Chiesa, che voleva la ricerca della

Digitized by Google

verità, voleva anche che le parti avessero libertà nel difendersi e concorse coll'esempio delle sue curie a ricondurre i sistemi probatori su un'altra via: ma non potendo spogliarsi dei pregiudizi del tempo, dovuti a una mentalità timida, ossequiente alle autorità, sospettosa della fragilità umana, si propose il problema di conciliare la libertà del giudice in cui scorse i pericoli del soggettivismo, colla coazione della legge, il che portava di necessità a transigere col formalismo. Si propose il problema, ne vide le insormontabili difficoltà e si arrestò: e così nè il diritto canonico nè i suoi commentatori ebbero la pretesa che si potesse *a priori* dichiarare quale fatto fosse idoneo a fornire al giudice la misura della prova, in modo che l'esito del giudizio dipendesse dal potere della legge, non da quello dell'uomo, nella fiducia di evitare l'arbitrio e di fare la legge eguale per tutti. Altra cosa è dire che l'uomo non può presumere che i dati di analogia somministrati dalla sua corta vista siano da paragonarsi a quelli che la legge ha raccolti dalla esperienza delle nazioni e dei secoli; altra cosa è asserire che la certezza non può venire dall'uomo ma dalla legge: eppure quest'ultimo concetto ebbe l'appoggio di una forte e continua corrente di pensiero, e da qui l'origine della *prova legittima, giuridica* o *legale*.

In questa opera di fissare quasi in modo meccanico od automatico il valore di ogni singola prova si distinsero i criminalisti, esplicando tutte le risorse del loro metodo scolastico speculativo. Si può dire che nei loro poderosi volumi non di altro si parla che di scoprire regole formali che conducano il giudice attraverso l'incalcolabile varietà dei fatti: così fecero Mascardo (*De probationibus*, 1563), Paciano (id., 1594), Farinaccio (*De testibus*, 1589), Menochio (*De praesumptionibus*, 1597), De Angelis (*De confessionibus*, 1695) e tanti altri che raccolsero opinioni, decisioni e casi ottenendo assoluta autorità nelle scuole e nel foro, fino al giorno in cui Filangieri e Beccaria, Nicolini, Bentham, Mittermaier, Pescatore, ecc., rimisero in valore la *certezza morale*.

§ 1. *Concetto e onere della prova dal sec. XIII al XV.*

2. Anche prima del mille le tradizioni di civiltà ripresero il loro imperio in tutti i territori italiani e nelle aule giudiziarie aleggiò uno spirito di riflessione, di ragionamento che contrariava la pratica di sistemi probatori che rimettevano la decisione al

Digitized by Google

caso, alla forza bruta del duello o alla temerarietà di chi poteva anche spergiurare. Si tornò a dare grande valore alle testimonianze e alle carte scritte, che nei territori rimasti immuni dall'influenza germanica erano state le prove per eccellenza, e dove, non esistendo prove formali nè differenze fra questioni di fatto o di diritto, le parti si difendevano come potevano, e il giudice sentenziava secondo la sua coscienza, nemmeno costretto da quelle restrizioni che Giustiniano aveva introdotto alla libera valutazione degli elementi probatori.

Poi sopravvennero le correnti dottrinali partite dalle scuole e dalle curie ecclesiastiche, e il concetto di prova fu studiato e i vari mezzi di prova furono descritti, precisati: tutto lavoro della dottrina a cui tacitamente si rimisero le leggi. A quella ci dobbiamo dunque riferire. Non si composero trattazioni organiche e sistematiche, e tanto i glossatori che i commentatori presero argomento o da un testo romano o da un canone pontificio o da un caso per esprimere un concetto, formulare una regola sull'onere della prova, sui mezzi probatori, e anche presso i processualisti antichi, come Pillio, Tancredo e Durante, l'esposizione se non è frammentaria, è certo incompleta e parziale. Scriveva il glossatore Jacopo da Porta Ravegnana: *circa modum probandi non posse dari regulam*; parole riportate da Baldo e fatte sue (1). Però in fondo al loro pensiero vi era un proposito dominante, quello di sottoporre a regole l'apprezzamento del giudicante.

Il giudizio è tutto nella prova, sì nel civile che nel criminale; però differenze nel modo di esaminarla furono istituite secondo che il processo era inquisitorio o accusatorio: e appunto il precipuo argomento dei giuristi riguardò il modo con cui valutare la prova e chi ne avesse l'onere. Doveva il giudice decidere *secundum allegata et probata* o *secundum conscientiam?* Chi era tenuto a dare la prova?

Sulla prima la scuola di Bologna era divisa: *pone casum: aliud erat scriptum, aliud actum... Ioannis (dicit) quod secundum allegata debet iudex iudicare non secundum conscientiam sed M(artinus) contra* (2). Questa divergenza era nelle fonti canoniche, per le quali si deve raggiungere una verità giuridica che si deve supporre rappresenti la verità reale; e la giuridica sarà determinata

(1) Ad l. 43, Dig. de minor., IV, 4, vol. I, pag. 108.
(2) Glossa veritas, ad l. 6, Dig. de officio praesidis, I, 18.

Digitized by Google

dalla legge. Il giudice non ha da intervenire, ma deve lasciare alle parti la maggiore libertà di agire; poi attenersi a quello che risulta dalle prove addotte, anche se come privato fosse convinto del contrario, e così risolveva anche Accursio (Glossa cit.) la questione. Vedremo come da tali principii derivò la dottrina della prova giuridica, della prova legale, negante la libera convinzione: ma questo tentativo di dare al problema insolubile una soluzione che traeva la sua origine e giustificazione dagli stessi ordinamenti processuali, aveva contra di sè la logica, e dopo secoli di esperimento fu abbandonata.

3. Lo scopo eminentemente formale assegnato alla prova fece sì che si lasciasse libertà alle parti di sostenere le proprie ragioni come meglio credessero, allegando le prove su cui il giudice decideva. *Iudici fit probatio*, si diceva (1), cioè le parti dovevano mettergli davanti quello che potevano e da cui doveva sorgere la verità materiale: non vi è cosa che non si debba o possa provare, *probanda sunt omnia quae requiruntur loco unius causae finalis* (2): quindi chiunque è ammesso a provare (3). La pratica del primo periodo comunale sembra lasciasse al giudice decidere a chi incombesse l'onere della prova e quando si dovesse preferire la prova del convenuto a quella dell'attore: sembra che si fosse più inclini nel gravare della prova colui che aveva per sè qualche indizio, o che fosse meglio edotto dallo stato delle cose. Ora era chiamato a provare chi affermava un fatto più conforme alla probabilità, ora chi affermava cosa meno grave per gli altri, ora il più degno, il più onorato dei contendenti (4). La pratica lombarda chiamava il convenuto a dare la prova solo nei casi tassativamente prescritti dalla legge, e la scuola pavese insegnava il principio romano: *onus probandi incumbit cui dicit*, che divenne principio regolatore sì del diritto canonico che delle risorte scuole romanistiche, ove si formulò la regola: *ei qui dicit non ei qui negat incumbit onus probandi*, attribuita a Irnerio e agli *antiqui qui*

(1) Così BALDUS, in l. 1, Cod. de cond. ob turpem causam, IV, 7.

(2) BALDUS, in l. 1, Cod. de cond. indebiti, IV, 5.

(3) Id., in princ. Cod. de aedil. action. IV, 58; DURANTIS, II, 2, de teste.

(4) Libri feud., I, 4, § 1; II, 11, 26, § 1 e 2; 33, § 2. Nell'Italia merid. si parla ancora di promessa di dare la prova, coll'intesa che si era perdente non presentandola entro il termine stabilito; v. Const. di Bari, *de dilat. fuerit per guadiam in guadiatum.*

Digitized by Google

subtilizabant (1), e giustificata così da Accursio: *per rerum naturam quod affermatur est... quod negatur non est et sic non potest probari cum non habeat species nec differentias* (2). Ma nelle leggi il principio non trionfò subito e si riprodusse l'incertezza del diritto anteriore: così risulta dagli antichi statuti lombardi, per es. a Como, ove se le prove dell'attore non sono esaurienti, il giudice deve deferire il giuramento o all'una o all'altra parte (cons. 17); mentre a Milano (cons. 9, 18) e a Parma e a Pisa restò adottato il sistema romano. Che se poi si volesse stabilire quale fosse la tendenza in generale predominante, in materia di giuramento, si potrebbe con molta verosimiglianza affermare che la pratica sanciva l'arbitrio del giudice di deferirlo a chi riteneva più degno di fede. In tale materia distinguesi l'antico diritto veneto, che come non accolse, e si dirà, il principio delle prove legali rimettendo ogni valutazione alla libera coscienza del giudice, così anche lasciò ora all'imputato ora all'accusatore, secondo che la logica richiedeva, il diritto di dare *vadimonium comprobandi* (3).

4. Fino dalla seconda metà del 1100 l'aforisma *onus probandi incumbit ei qui dicit* fu preso in considerazione dalla letteratura giuridica (4). Esso aveva ottenuto la sanzione delle fonti canoniche, le quali avevano consacrato la regola che l'attore per primo dovesse provare i *concepta libelli sui* (5) e che il convenuto, rispondendo alle posizioni, dovesse provare le sue affermazioni non le negazioni: *quia negativa per rerum naturam improbabilia sunt* (6).

---

(1) ODOFREDUS, *Lecturae* super l. 14, Dig. de probat., XXII, 3, fogl. 162; ACCURSIUS, Cod. de probat., IV, 19.

(2) Così anche PLACENTINUS, *Summa*, de probat.; AZO, *Summa Cod.*, de probat., n. 4, Ven., 1584, pag. 316.

(3) Stat. di Ziani, c. 7, in *Stat. civ. di Venezia anteriori al* 1242, ed. BESTA e PREDELLI, pag. 126: imputato di furto *si dixerit unde res furata sibi advenerit*, provi; imputato di ferite nega, la prova all'accusatore.

(4) PLACENTINUS, *Summa*, Cod. de prob., IV, 19; Vetus Coll., § 47, in *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 33: *dissentiunt probationibus*; ROGERIUS, § 16, id., pag. 82: *dispares sunt sententiis in probationibus, nam Iacobo videtur quod etsi actori ex necessitate incumbat onus probandi, tamen... Alii contra* ecc.; HUGOLINUS, § 418, id., pag. 533; Gloss., v. *Iuris*, l. 14, Dig. XXII, 3.

(5) C. 11, 12, X, de prob., II, 19; c. 23, X, de elect., I, 6; c. 1, de confes., in VI, II, 9. Degli antichi canonisti cfr. la Glossa di Bernardo Parmense al c. 23, X, de elect. I, 6.

(6) OTTO PAP., *Ordo iudic.*, c. 9; TANCREDUS, III, 6; DURANTIS, II, 2, de probat., § 1 e IRNERIO (*Quaest. de iuris subtilit.*, XX, 1 e *Summa Cod.*,

Digitized by Google

Perciò i canoni del sistema probatorio vennero fin d'allora così fissati: *actore non probante reus absolvitur — affirmanti non neganti incumbit probatio* (1). Però la Glossa aveva notato: *certe si diligenter attendas non est aliqua negativa quae tacitam non habeat affirmativam* (ad l. 2, Dig. de prob.): e allora tutta la teoria ne restava vulnerata, tanto più che il diritto canonico non riteneva impossibile in modo assoluto questa prova, e la riconosceva possibile indirettamente, per la confessione, pel giuramento (2). Allora si venne a distinguere fra *negativa iuris, qualitatis, facti*: la prima e la seconda da provarsi: non la terza, ammenochè il fatto non fosse determinato pel tempo e luogo. L'adagio irneriano inoltre non era accolto nei tribunali ecclesiastici, perchè il diritto pontificio aveva lasciato al giudice la facoltà di disporre le prove delle posizioni negative, se lo credeva per motivi di equità (3), e questo principio era più conforme alla legge romana. Nella dottrina posteriore si mantenne il principio: *negativa non sunt probanda*, ma con tante eccezioni, da togliergli qualunque valore: e Bartolo impose anzi la prova a colui *cui negativa est causa intentionis suae* (4).

Dunque la dottrina era giunta al risultato che le due parti hanno l'onere della prova: essa grava *cuilibet proponenti*: ciascuno deve provare ciò che è il fondamento della sua intenzione o negazione. Anche la negativa è da provarsi e in molti casi l'onere della prova è del convenuto (5), e sarà il giudice a decidere quali *probationes duriores* debba dare colui *contra quem est praesumptio* (6).

IV, 32, 3) ammise che si possa provare una negativa in modo indiretto; il che nemmeno ammisero Accursio e Bartolo, l. 8, Dig. de probat., XXII, 3.

(1) Glossa in l. 2 Dig. de prob., XXII, 3; in l. 4, Cod. de edendo, II 1. E anche AZONE, l. cit.

(2) C. 5, in VI, de confes., II, 9.

(3) C. 1, in VI, de confess., II, 9; c. 36, X, de iureiur., II, 24. Pillio diceva, III, 7: *Et ego dico quod reus (factum negans) non possit probare, sed quia non compellitur probare.*

(4) In Dig., II, 7, l. 5, § 2; l. 23, IV, 6; l. 8, XLV, 1; LANFRANCUS DE ORIANO, *Repet. super c. quoniam contra, de probat.*; PACIANUS, *De probat.*, I, c. 5.

(5) Sulla negativa v. LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, de probat.; vi era la *negativa facti positivi affermativi*. Si provava per giuramento, per testimoni, o indirettamente: DURANTIS, II, de teste, § 10; de posit., § 4.

(6) BARTOLUS, al tit. quod metus causa, Dig., IV, 2; BALDUS, ad l. sive Cod. de probat., IV, 19.

Digitized by Google

Quando poi i tribunali furono sotto l'impero delle prove legali, allora la regola: *iudici fit probatio* (1) fu intesa in senso più rigoroso, perchè il giudice oltre che stabilire quali erano le prove più dure, doveva definire quale fosse la prova richiesta dalla legge e quando fosse sufficiente. Le parti erano attive nel preparare le prove; il giudice interveniva nel dichiarare se erano conformi alle leggi. Queste e la dottrina ne limitavano le funzioni, escludendo ogni sua iniziativa, come risulta da queste massime: *iudex non potest supplere*, e dall'altra che esclude la possibilità del giudice di farsi un criterio soggettivo: *quod non est in actis non est in mundo* (2): egli deve attenersi agli atti, giudicare *secundum acta et allegata*, massime che dal procedimento civile furono estese al criminale (3).

5. Nella dottrina posteriore al sec. XVI la materia dell'onere della prova e quella delle negative furono sotto l'influenza delle regole riguardanti la prova legale. Prima regola fondamentale restò: *actore non probante reus absolvitur*: e ciò che doveva provare era contenuto nelle *positiones*, il che accresceva l'importanza di esse. Alla controparte era riconosciuto il diritto della *reprobatio*, cioè della controprova: quindi l'onere della prova era anche di chi negava. La *reprobatio* non fu disciplinata dal diritto canonico, che come lasciava libertà all'attore di provare, così la riconosceva nel convenuto: i giuristi italiani non ebbero diverso pensiero, e in tesi generale dissero: *probatio reprobationem non escludit*: solo cercarono impedire il prolungamento delle liti, disponendo che: *reprobatio reprobationis non datur* (4), regole queste che il diritto romano non conosceva, come non aveva norme sul modo con cui provare, sul grado di verità, il cui apprezzamento era lasciato alla libertà del giudice. Il lodevole principio della *reprobatio* fu corrotto dalla maniaca propensione dei giuristi italiani di voler determinare con regole fisse i casi in cui valersi della

(1) *Fides iudici non adversario facienda.* Gloss., ad l. 12, Dig. de probat.; XXII, 3; CYNUS e BALDUS, ad l. un. Cod. ut quae desunt advers., II, 11, PILLIUS, III, § 7.

(2) DURANTIS, II, de interrog.; II, 1, de citat., § 4, n. 14; II, 3, de sententia et de his quae, § 5, n. 1; BALDUS, ad l. un. Cod. ut quae desunt, II, 11, n. 2. Cfr. c. 15, X, de rest. spol., II, 13; Gl. veritas, ad l. 6, § 1, Dig. de offic. Praesid. I, 18.

(3) IOAN. ANDR. ad DURANTIS, II, 2, de disput. et alleg., § ult.; LANFRANCUS DE ORIANO, rubr. confess., 5, n. 52.

(4) LANFRANCUS DE ORIANO, test. deposit., n. 83.

Digitized by Google

reprobatio e provare le negative. In ciò si provò certo Marco di Fano, e il perugino Hercolano elencò 54 modi e casi per quella e queste (1). Più modesto il sarzanese Mascardo, consacrando una delle sue 1428 conclusioni sulle prove, li ridusse a 6 o 7, e insegnò che non si è tenuti a provare le negative improbabili, che si deve provare quelle su cui la parte basa la sua difesa o la sua azione, che il teste che depone sopra una negativa deve essere sospettato di falso, che devonsi credere piuttosto a due testi che affermano che a mille neganti, che una negativa vaga è improbabile (2). Si sostenne: chi nega deve provare quando la negativa *sit fundamentum intentionis suae* (3). Tali dispute continuarono fino al giorno in cui la scuola francese ed olandese distrusse questi inani sforzi e troncò le dispute dicendo: *modo reus probat, modo actor, modo uterque* (4).

6. Le prove erano piene, semipiene, liquide, indiziali, congetturali: *plena fit ex pluribus indiciis* ovvero *per duo testes: semiplena fit per unum testem, per scripturam:* essa *reum a mortis poena tuetur; non excusat victum ab expensis: duae semiplenae faciunt unam plenam*. Durante ne enumera sei specie (de probat., § 3). Queste regole appartengono al calcolo delle prove, specialmente in materia penale. Davanti a prove semipiene il giudice deve proporzionare la condanna alla frazione di prova raggiunta (5), oppure assolvere: e nel civile può ordinare alle parti di maturare i loro *incumbenti*: questa era la frase usata nel Piemonte (6). Ma tale sistema di differire il giudizio finale fu condannato anche dai proceduristi del sec. XVII, che dicevano rendersi così la giustizia *nutritiva litium*, e logicamente osservavano che non provare e provar poco erano la stessa cosa (7). Tuttavia il concetto che l'insufficienza della prova non portasse a sentenza assolutoria

(1) *De probanda negativa, scilicet quis teneatur probare negativam*, Col. 1578, 1592 e Francof., 1664, in *Tract. univ. iuris*, XIV, pag. 12.

(2) *De probationibus*, vol. II, concl. 1092, pag. 241.

(3) Così Giasone del Maino, cit. da FARINACCIO, *Praxis crimin.*, volume IV, *consil.* 80, n. 49.

(4) CUIACCIUS, *Opera*, IX, pag. 242.

(5) È però tesi respinta da SCACCIA, *De sent. et re iudicata*, gloss. XIV, qu. 21.

(6) Così il Senato piemontese: AB ECCLESIA, *Observ.*, I, obs. 44.

(7) SABELLI, *Summa*, v. Absolutio; MANDOSIUS, *De inibitionibus*, nei *Tract. ill. iuriscons.*, V, pag. 101.

Digitized by Google

ab observantia iudicii cioè a sentenza definitiva, ebbe l'assenso delle curie italiane, dal Piemonte alla Sicilia, come si vedrà meglio a proposito delle sentenze (1).

7. La procedura probatoria non ha particolarità da essere notate: ciò che vuolsi provare deve formularsi in articoli, che sono diversi dalle posizioni. A queste il convenuto aveva risposto semplicemente: vero, non vero. Come la posizione era assertiva, così gli articoli erano distinti, e tanti quanti erano necessari per provare la posizione: e perciò anche nelle criminali gli articoli impertinenti erano ammessi. Con essi si tendeva a provare le cose negate dalla parte contraria, spiegando il fatto; e dovevano dedursi dal libello. Generalmente gli statuti e i proceduristi ne parlano a proposito delle posizioni. La materia è bene trattata nei Nuovi Decreti pel Piemonte: « Date le risposte, volendo la parte venire alle prove, ridurrà le posizioni negate ad articoli e richiedere che siano admessi per potergli provar per ogni sorte di prova: il che fatto se ne darà la copia all'altra parte per dar articoli di materia contraria ». E poi si prescrivevano i termini brevissimi per lo scambio degli articoli addizionali, e le multe al cancelliere che non consegnava le copie entro due giorni, salvo che fossero lunghe. Se gli articoli non venivano provati, almeno per modo semipieno, il presentatore era multato: e più ancora era multato l'avvocato per quelli impertinenti: e altre misure erano stabilite per le dilazioni da accordarsi quando i testimoni eran lontani o assenti, le scritture non pronte: e ciò per impedire ai rei di *tirar la lite in longo*. Scorsi però tre mesi di dilazione il giudice « proceda alla espedizione della causa facendo l'attore quel che se gli conviene di fare dal canto suo ». La sentenza pronunciata in favore dell'attore poteva eseguirsi, se egli dava cauzioni di restituire nel caso che dovesse revocarsi (Sola, pag. 432).

Si davano termini *ad probandum* sugli articoli. A Brescia si concedeva una dilazione sola di 30 giorni prorogabile e riducibile in cause minime, e altra di 10 per controporre dopo l'apertura e pubblicazione dei testi: a Bergamo era lasciato all'arbitrio del giudice accordare dilazioni: a Milano si poteva ottenere tre dilazioni: a Como tre differimenti di 15 giorni pei testi e 8 per le carte (2). A Venezia spettava al giudice l'ammissione delle prove,

(1) Ab Ecclesia, *Observ.*, p. II, obs. 35, n. 8; Muta.
(2) Stat. di Bergamo, 1331, V, 5; Lattes, 99.

Digitized by Google

colla clausola *sic e in quantum*, ma prima pubblicava il processo perchè le parti ne avessero cognizione (Correz. Trevisan, 1553). In Piemonte i Nuovi Decreti avevano abbreviato i termini e il giudice poche dilazioni poteva concedere, altrimenti era multato (Sola, pag. 418). Nel Napoletano i termini dovevano essere brevi (*Constit. r. Sic.*, II, 24), e i Riti di Napoli (70) e quelli di Sicilia (171) li posero fra 12 e 30 giorni, salvo al giudice prorogarli. Ma tali abusi nacquero che nel 1477, 1509, 1612 si minacciò di multe la parte che con speciosi pretesti chiedeva differimenti a provare (Pragm. *de dilationibus*). In Sardegna le prove presentavansi alla corona, che concedeva dilazioni se i testi non eran presenti e le *cartas bullatas* non pronte, e la corona decideva (1).

§ 2. *Sopravvivenze barbariche: il giuramento di purificazione e il giudizio di Dio.*

8. Non fu facile l'abbandono delle prove materiali prevalenti nel procedimento penale, poichè rispondevano alla mentalità delle genti nei primi tempi del Comune. L'invocazione solenne di Dio nel giuramento e in altri pericolosi esperimenti offriva convincenti garanzie di innocenza o colpabilità meglio di altre prove sospette di mendacio. Così dunque in alcuni territori dell'alta Italia specialmente nel Veneto, si usò di invitare l'imputato *quum suam innocentiam velit ostendere et plures expugnatores habere non poterit, se sui solius iuràmento expurgare et sit liber a iudice et actore* (2). Tale facoltà era per es. accordata al ladro, all'omicida, all'incendiario; e quest'ultimo era appunto anche considerato nella imperiale *Const. contra incendiarios* del 1187 (Pertz, pag. 184). L'insufficienza degli ordinamenti giudiziari induceva a tale pratica laddove mancavano testi *de visu*. In tal senso era anche il diritto sardo col suo *iur. purgationis*, che la profonda fede circondava di terribili sanzioni soprannaturali. Anche l'omicida e il ladro erano così assolti dall'imputazione, quando non esistessero flagranza o pessima fama, e gli indizi fossero lievissimi e tali da escludere la tortura o questa fosse vietata per ragioni di età

(1) Codangue di S. Pietro in Silkis, c. 118, ove una parte reclama *pro iscoder testimognos*, cit. da BESTA, *Diritto sardo nel m. e.*, Bari, 1898, pag. 99.

(2) VERCI, *Storia degli Ezzelini da Romano*, 96, an. 1218.

Digitized by Google

e dignità (1). I congiuratori figurano ancora nei doc. del sec. XIII: così nel trattato tra Venezia e Federico II del 1220 si conviene decidere le controversie col giuramento di persone dell'una o dell'altra parte (2), e nel 1221 i Ravennati imputati di omicidio si purificano con venti sacramentali (3). Anche le questioni sorgenti fra le fazioni comunali si risolvevano con tale prova (4); più ancora in uso nelle Puglie, come residuo della dominazione beneventana (5); e anche ammessa nel regno di Napoli per le *Const. r. Sic.* (I, 60) ordinanti al baiuli di ammettere i sacramentali, ma abolita pel Rito 280: *curiae inter Longobardos repulsationem et reprobationem sacramentalium non admittant*; disposizione ripetuta col Rito 293 nelle aggiunte del 1436. Alle famiglie ancora viventi secondo la legge longobarda, riconosciuta come *ius comune*, era concesso di purificarsi per mezzo di congiuratori, i quali, come attestano Andrea d'Isernia e Matteo de Afflictis, giuravano, in difetto di altre prove, *se credere quod ille talis verum iuravit*, potendo però prima chiedere termine *ad certiorandum* per non incorrere nelle pene di spergiuro (6). Non è dunque cosa strana tale sopravvivenza nell'Italia meridionale o almeno a Bari fino al sec. XVI (7).

È perciò naturale che tale prova fosse considerata anche dai glossatori (cfr. gl. in l. 1, Cod. IV, 1) e dai commentatori: così ne parlava il fiorentino Paolo de Castro: *iuram. purgationis non defertur reo nisi actore excluso a probatione*. Nel sec. XV Angelo Aretino

(1) Carta de logu, 34: *pro fura de domo deppiat iurare*; Stat. di Sassari, 1316, I, 125; Stat. di Brescia, 1294, c. 11: *ut non compellatur lombardus vel romanus cum sacramentalibus iurare nisi in causa homicidii vel in causa secundum mores feudi et ut par atque aequalis probationis recipiatur contra lombardum et contra romanum*; ODORICI, *Storie bresciane*, VIII, 43; *Hist. p. mon. Leges*, II, 1584, 250; PERTILE, § 225, n. 59.

(2) HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. dipl. Friderici II*, I, 839 e 842: *si dubium fuerit et denegaverit iudex vel auctor loci in quo fugitivi requiruntur, tunc prebeant sacramentum 12 electi... volumus ut pro una libra den. vel uno homine sacramentum et si usque ad 12 lib. 12 electi iuratores addantur, et si questio facta fuerit ultra 12 lib. iuratores ultra 12 non accedant.*

(3) Id., II, 217.

(4) Stat. di Parma, 1255; *Mon. per le prov. parm.*, pag. 250.

(5) Consuet. di Bari, 31.

(6) A. DE ISERNIA, in Cost., II, 36; DE AFFLICTIS, in Const., I, 60 e Ritus, 280; CARAVITA, id. Ne parla anche BIAGIO DA MARCONE, *De differentiis*, ecc., pag. 355, 356.

(7) Ciò risulta dai *Comm. alle Consuet. di Bari* del MASSILLA, 1550.

Digitized by Google

lo riconosceva come mezzo per purgarsi dai sospetti *iuris aut hominis*, e Aless. Tartagna l'ammetteva quando l'attore non provava nelle cause matrimoniali e monacali e quando il sospetto era contro il reo; e infine Bartolo scriveva: *iur. purg. defertur absolvendo pro quo sunt praesumptiones* (1). Contribuiva a dargli considerazione dottrinale il fatto che il diritto canonico e i tribunali ecclesiastici elevarono a prova importante la *purgatio canonica et vulgaris* (X, v, 34, 35): talchè anche nel sec. XVII non era escluso che dovesse il giudice tener calcolo del *iuram. purgationis conscientiae* che la parte poteva per sè invocare (2); ma di esso si parlerà più oltre a proposito del giuramento.

9. Eredità del processo barbarico furono i giudizi di Dio e il duello ai quali specialmente le città di Lombardia fino al sec. XIV non esitarono rimettere la decisione delle accuse criminali, specialmente pei reati puniti con pena di morte, quali l'omicidio, il falso, l'incendio. Se l'accusato contestava l'accusa o sfidava a duello l'accusatore, questi, per non esser punito quale calunniatore, doveva accettarlo o sottomettersi all'esperimento di una ordalia: l'attesta una deliberazione del Consiglio di Credenza di Vercelli del 1207: *si contingerit quod aliquis vellet dicere quod in hoc non culpasset neque malignaverit, volens se defendere per pugnam vel iudicium ferri callidi, per quod voluerit ex his duobus tunc eius defensio recipiatur* (3). La prova del ferro rovente è ancora ricordata in uno statuto ligure del 1267: *si accusatus voluerit levare ferrum calidum et ferre eum novem pedes, possit dictum ferrum levare: si vero se coquerit, cadat in banno medietatis dampni: si non coquerit, absolvatur* (4). Le Consuet. di Milano del 1216 (c. 20) ammettevano la prova dell'acqua fredda per l'accusato povero: *fit iudicium aquae frigidae per puerum virginem ligatum et in aquam per cordam dimissum et si illum aqua non recepit nec submersus fuerit, qui fuerat accusator subcumbit.* E proibivano l'esperimento del ferro rovente: *illud autem scire oportet quod ferventis ferri iu-*

(1) PAULUS DE CASTRO, *Lecturae*, in Dig., l, 3, de iureiur. XII, 2; in Cod., l. 6, § 4, de his qui ad ecclesiam, I, 12; ALEX. TARTAGNA IMOLENSIS, in Dig., l. 3, de iureiur.; ANGELUS ARETINUS DE GAMBILIONIBUS, *Consilia*, 172, Ven., 1576; BARTOLUS, *Consilia*; in *Opera*, vol. X, cons. visis testibus.

(2) AB ECCLESIA, *Observat.*, p. I, obs. 72.

(3) *Hist. p. Mon., Leges*, I, 1121.

(4) Stat. di Apricale, in ROSSI, *Storia del Marchesato di Dolceacqua*, Oneglia, 1862, pag. 54.

Digitized by Google

dicium in nostra civitate non admittitur, licet in quibusdam locis iurisdictionis d. archiepiscopi Mediol. secus obtineat.

La prova dell'acqua bollente era in uso nell'Istria, ed è descritta negli statuti di Albona del 1341, col nome di *legge caldaria*: l'incolpato aveva la scelta fra questa o *XII huomeni*: « nisun sia astretto a sottozaser alla leze caldaria sel accusador non proverà che l'incolpato sia stato per avanti de cativo nome et fama »: l'accusatore giurerà assieme a due parenti: l'accusato dovrà estrarre da una caldaia piena di acqua « sopra il fuoco tanto che caldamente boggi boggi » un sassetto e provarsi per tre volte: poi, la mano serrata in un guanto sigillato, sia vigilato in chiesa per tre giorni: al terzo si scoprirà la mano « e se non sarà trovata scotada... sia assolto dal maleficio » (1). Sono queste consuetudini giudiziarie che risalgono a tempi remotissimi e che l'etnologia giuridica riscontra sotto tutte le latitudini. Gli uomini primitivi hanno invocato il sopranaturale, il miracolo per scoprire la innocenza: hanno così confessato quello che noi spesso constatiamo, cioè la nostra impotenza.

Un altro miracolo chiedevano al duello: Dio aiuterà l'innocente: non può avere la mano forte chi ha macchiata la coscienza. L'accusato poteva sfidare alla prova delle armi l'accusatore e i testi; ma non sempre; e i casi erano limitati, già dalla Lombarda e poi dai suoi commentatori al crimine di lesa maestà, di omicidio dopo aver giurato la pace, di uccisione di parente per ragione di interesse, di adulterio, di gravi ingiurie, di *contractus per vim*, ecc. Ancora col duello si poteva decidere chi avesse spergiurato. E poi era rimasto per le controversie di feudi, investiture, fellonia, *fidelitas rupta*. Era diritto dell'attore invitare la controparte a giuramento di purificazione o a duello, ritenendo sospette le prove da quella presentate, perchè per sè *pugna odiosa est*: così Ugo da Porta Ravennate. Sempre prima di scendere in campo, si giurava, e il perdente era condannato per lo spergiuro e il crimine. Si avrebbe dovuto combatter di persona, « *sed hodie consuetudo est* di presentare campioni di egual forza, che locano l'opera loro, come gli avvocati, e non sono infami ». Questa partita d'armi si faceva in luogo piano, circondato da corde, alla presenza del pubblico. Così i dottori (2): e non diverse le leggi del sec. XIII.

(1) Stat. di Albona, 1341, Trieste, 1870, c. 32, 33, 35.

(2) UGO DA PORTA RAVENN., *Summula de pugna*, in GAUDENZI, *Bi-*

Digitized by Google

Il duello risolveva a Parma, ancora nel 1255, le accuse di gravi delitti: l'imputato giurava la sua innocenza: ma l'accusatore, prestato il *iur. de cal.*, giurava ancora che l'accusato *falsum iur. praestaverit*: le armi decidevano chi era nel vero: *inde pugna iudicetur*. Invece a Milano (c. 20) non si arrivava a duello per decidere sui giuramenti prestati dalle parti, ma per purgare l'accusato dall'accusa: *nec de periurio, iure nostre consuetudinis pugna statuitur et ideo lex lombardorum merito locum non habet*: e così l'imputato *de sacho*, di incendio, danni campestri, *de morte furtiva* avvenuta dopo la pace, si liberava dall'accusa vincendo l'avversario per mezzo di campioni: *fit pugna per campiones, per pravas personas*. È anche descritto il rito; precede la messa e la benedizione delle armi, *scutum et fustum* che il giudice consegna ai duellanti che giurano di non avere *vim herbarum vel maleficii*: il campione deve cadere o cedere per essere dichiarato perdente. Oltre che per le cause penali il duello si usava a Milano per decidere alcune controversie fra padrone e massaro. Il duello giudiziario ebbe in Lombardia il suo posto per tutto il sec. XIII e anche nei primi anni del XIV. È menzionato nel Breve dei Consoli di Genova del 1143 (c. 11), negli Statuti di Novara del 1277, a Como nelle leggi del 1281, a Padova in quelle del 1285 (1). A Modena (1327, III, 16) usavasi il duello quando le testimonianze erano contradittorie: *dirimatur quaestio per pugnam, unus ex una parte et unus ex pugnatoribus ex alia, ut pugnatores sint equales bona fide ex arbitrio iudicis*. Soccombendo il teste, chi l'aveva prodotto non solo perdeva la causa, ma incorreva nella pena pel suo delitto e più per la falsità, ed era punito anche il teste (2). Secondo queste leggi l'accusato purificavasi col duello quando trattavasi di reato punibile con pena capitale: se riesciva vincitore, l'accusatore avrebbe dovuto subire la pena del talione, ma vi si era rinunziato, condannandolo in pena pecuniaria o al carcere per tanti mesi quanti ne aveva patito l'accusato davanti al giudizio, oltre ai danni e alle spese: così a Perugia nel 1342 (III, 3). In

---

blioth. iurid. m. aevi, I; ROFFREDUS BENEVENTANUS, id., id., II, pag. 75. SAVIGNY, III, 412. Vi erano dispute sulla natura del giuramento prestato.

(1) Stat. di Novara, ed. CERUTI; *Mon. h. p.*, *Leges*, II, pag. 505; 521, c. 87, 99, 173; Como, c. 28, id., pag. 10; Padova, ed. GLORIA, 688, 718, 875.

(2) Secondo lo Stat. di Vercelli, 1241, in *Hist. p. Mon.*, *Leges*, 1129, la parte incorreva in pena pecuniaria, e non pagando nel bando perpetuo.

Digitized by Google

Istria si ricorreva al duello in caso di omicidio: i *paysani* eran sospetti di connivenza se non denunziavano il colpevole e per purgarsi dall'accusa dovevano scegliere un campione che si battesse coll'accusatore (1).

Ma il duello non era solo fra accusato e accusatore, ma ancora fra quello e i testi (2). Questi potevano essere sfidati, dice lo Stat. di Parma (pag. 251) per il falso che depongono, e se la prova delle armi riesciva loro contraria, erano dichiarati infami, bollati in fronte e anche mutilati della mano che aveva toccato il Vangelo. Bologna riservava il duello per verificare se il teste a difesa era o no falso: si battevano dunque teste ed accusatore (Stat., 1245, ed. Frati, pag. 237): e così praticavasi a Vercelli e a Novara. Alla prova del duello gli Statuti di Rimini del 1334 (III, 14) deferivano l'*inquirere de veritate testium, instrumentorum, maleficiorum*, col seguente criterio pel numero e nella scelta dei campioni: *si equales fuerint divitiae litigantium campiones quousque voluerint: si discordes fuerint de campionibus sit in arbitrio accusati* (3).

Intanto si comincia già a vedere che le leggi del sec. XIV permettono al giudice un po' di libertà, autorizzandolo a scegliere fra questa prova e un'inchiesta per testi: e altre città lombarde e toscane avevano cancellato il duello dalle loro leggi. Ciò erasi fatto a Brescia nel 1277 (VI, 131): a Bergamo non è menzionato negli statuti del 1333. A Pistoia nel 1284 si abolì la consuetudine di *reprobare testes per duellum*, sia nelle criminali che nelle civili superiori a 10 l.; in quelle inferiori il duello era ammesso se così pareva al podestà; e nel caso che chi presentava i testi fosse così povero *quod non possit necessaria pro duello facere aut testes defendere per duellum*, il Comune a sue spese *pro tali paupere et teste faciat fieri duellum*. Per somme inferiori il Podestà poteva ordinare l'ordalia (4).

Nell'Italia meridionale il duello e tutte le ordalie furono vietate da Federico II; il che assicura che egli aveva trovato tribu-

---

(1) BENUSSI, *Nel medio evo, Pagine di storia istriana*, 1880, pag. 359, an. 1186. Cfr. per l'Istria il placito dell'804; *Mon. Germ. Constit.*, I, 610; LEICHT, *Archivio storico italiano*, 1915, pag. 204.

(2) Anche fra testi: *si testes dissenserint interrogentur si velint pugnare*: così Ugo da Porta ravenn., pag. 4.

(3) SALVIOLI, *Statuti inediti di Rimini*, Ancona, 1888, pag. 28.

(4) Breve populi Pistorii, 1284, ed. ZDEK., II, 86.

Digitized by Google

nali soliti a ricorrere a simili esperimenti. Come ciò fosse avvenuto, non è difficile immaginare. Nell'Italia continentale vi era l'esempio di Roma (1), vi era la pratica dei ducati longobardi, sufficienti a diffonderne l'uso. Da Benevento fu portato nelle Puglie, ed ecco Bari che lo deve menzionare nelle sue consuetudini per vietarlo, ed anzi i Baresi quando nel 1132 si sottomisero a re Ruggiero chiesero ed ottennero che *ferrum cacavum pugnam aquam vobis non iudicabit vel iudicari faciet* (2). Invece Benevento conservò la sua fede in questo espediente per risolvere i litigi, e le prove del duello, del ferro rovente e dell'acqua bollente sono ricordate nei suoi statuti del duecento, e i giudici sono interessati a sottoporre ad esse i litiganti (3). E come Benevento, così deve essere in quegli altri territori dove i Longobardi avevan messo piede; ma la pratica finì per essere mal tollerata dalle popolazioni stesse, che chiesero fino dai primi anni del sec. XII che fosse vietato ai giudici di sbrigare le liti con simili procedure: è detto ciò in privilegi concessi da monasteri ai loro dipendenti nel corso del sec. XII (4).

Ma nel 1231 vennero le *Const. r. Sic.* (II, 31) a vietare tutte le *leges paribiles* e a ordinare che i giudici fossero *comunibus probationibus contenti*. Il re ricorda le prove del ferro rovente, dell'acqua fredda e ne ride la stoltezza, tanto che non esitò a portare il suo divieto in altre parti lontane del suo impero (5). Ma forse tali prove erano così entrate nei costumi, che ancora

---

(1) Vedi il vol. I, pag. 403 di questa *Storia*.

(2) MURATORI, III, 628; PETRONI, *Storia della città di Bari*, 1857, I, pag. 251; II, pag. 442.

(3) Vi si riconosce la prova *candentis ferri aque vel pugne que sub divino iudicio declarantur*, e in queste prove spettava al giudice una vigesima sul valore della causa; ed. BORGIA, LONARDO, 1902; CANGIANO, *Stat. di Ben. del sec. XIII*, 1918.

(4) an. 1116, privilegio dell'Abate di Torremaggiore agli abitanti del castello di Sanseverino: *si aliquis appellatus fuerit de aliqua re, non imponatur ei pugna, neque ferrum neque aquam calidam vel frigidam neque testimonia reddantur in hac terra sed per evangelium se purificet secundum consuetudinem istius loci. Mon. neapol. arch.*, VI, 18; an. 1190, privilegio dell'Abate di S. Elena a Montecalvo: *nemo Montiscalvi iudicium ferri fervidi et aque callide vel pugnam facere debet*: id., n. 531; an. 1190, altro agli abitanti di S. Angelo di Teodice: *si aliquod crimen vobis iniectum fuerit pugnam et ferrum et iudicium ad aquam calidam vel frigidam omnibus modis fieri prohibemus pro sacramento satisfacere*: TOSTI, *Storia di Montecassino*, II, 201.

(5) HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. dipl. Frid. II*, IV, 102; V, 63.

Digitized by Google

nel 1267 si doveva ripetere il divieto (1). La città di Bari si poteva vantare nelle sue antiche consuetudini (II, c. 10) di essersi da tempo liberata da tali barbarie: *monomachia i. e. duellum tamquam odiosa nostris moribus reprobatur, et hoc tam ex consuetudine quam ex principum privilegiis concessum:... ferri igniti, aquae ferventis vel frigide aut quodlibet iudicium quod vulgo paribole nuncupatur a nostris civibus penitus exulavit.*

Va però notato che lo stesso Federico II conservò il duello per i crimini di lesa maestà, per togliere ogni mezzo di impunità, e anche negli assassinii per modo *furtivae mortis*; dovendosi però in tal caso cominciare dalle prove ordinarie: e il duello concesse sempre ai nobili, quando mancassero altre prove giudiziarie (2).

La Sicilia pure conobbe il duello e le altre ordalie, certo importate dai Normanni. Ne fanno fede le consuetudini di Messina (c. 43, *de duellis*) che riportano la pratica giudiziaria anteriore al 1231, epoca in cui il duello fu vietato dal sovrano: *de homicidiis, de furtis, de rapinis et de maleficiis, pro quibus vita vel membrum amitti debeat, duellum admittitur tam contra accusatum quam contra accusantem quam contra testes.* In un messale gallicano del sec. XIII che espone pratiche della chiesa palermitana, si parla dell'*ordo iudicii aque frigide, calide, panis et casei*, e del *iudicium ferri candentis*, colle formole usate in Normandia: *Deus iudex: si culpabilis et incrassante diabolo cor eius induratum fuerit, manumque suam mittere in hoc iudicium praesumpserit: si per aliquod maleficium aut herbam sive per diabolicas artes peccatum, unde criminatur, defendere voluerit*, ecc. (3). Poi venne la Cost. di

(1) Così in un privilegio a S. Germano: *duella et leges paribiles Deo odibiles... nullus per pugnam fatigetur neque per ferrum*, ecc.: TOSTI, III, 88.

(2) Const. r. Sic., II, 32, 33, e anche II, 37, 40 sui campioni. V. le Glosse di CARLO DI TOCCO ad leg. Long., I, tit. 9, 35; I, tit. 25, 57; I, tit. 32, 3.

(3) FRAN. GIUS. LAMANTIA, *Ordines iudiciorum Dei nel messale gallicano del sec. XII della cattedrale di Palermo*, 1892. In questi *ordines* il duello non è menzionato: ma altre ordalie si riferiscono in antifonari e messali della cattedrale di Palermo, sui quali v. CARINI, *Arch. stor. sicil.*, VIII, 1884, pag. 536. Non si può da questi libri di rito franco desumere se le ordalie entrarono effettivamente nella pratica giudiziaria siciliana. Nessun altro documento vi allude: in ogni modo i Palermitani ne erano stati esonerati da un diploma del re del 1221, confermato nel 1299: DE VIO, pag. 24, 31, 32; HUILLARD-BRÉHOLLES, op. cit., II, 56. Anche in Sardegna fu importato da Barcellona il *Libellus de bataila*, ma non si può dire che il duello servì a dirimere le liti: v. DI TUCCI, *La prova giudiziaria nel periodo dell'autonomia*, negli *Studi sassaresi*, V, 1926.

Digitized by Google

Federico II; e le consuet. di Palermo (6) ripeterono il divieto: *super quibuscumque criminibus tam privatis quam publicis cives Panhormitani non recipiant duellum sed super ipsis jure ordinario procedatur:* e le ordalie finirono in Sicilia.

§ 3. *La prova per testimoni.*

10. Tali residui di incivili costumanze furono battuti dalla progrediente civiltà italica e dall'aperta ostilità delle scuole giuridiche, e così fu aperta la via a quelle prove razionali che d'altronde mai erano mancate nei nostri tribunali e che anche la Chiesa preferiva; cioè i testimoni, le carte scritte. Le leggi dei Comuni e delle monarchie sono tutte orientate verso la prova testimoniale. Si comincia nel giuramento da prestarsi dai Consoli, a obbligarli di adoperarsi perchè vengano *testes ad testimonium* e di farli giurare (1). Si potrebbe chiamarla la prova per eccellenza, quando trovasi l'antico Stat. di Modena (1327, III, 32) seguito da quello di Frignano (1337, III, 22) disporre che, se il debitore avrà provato di aver soddisfatto il debito *per duos vel per tres bonos viros et legales testes, stetur dictis testium non obstante eo quod in instromento debiti continetur quod debitum non possit probari esse satisfactum vel solutum nisi per instrumentum debiti incissum vel per alium publicum instrumentum* (2). Ecco la ragione delle molte norme e cautele che circondavano questa prova, colla quale si risolvevano le cause importantissime di matrimonio e di figliazione, fino al Conc. di Trento (3), e tante altre in un'epoca in cui mancavano archivi notarili, e le carte facilmente erano soggette a incendi, distruzioni di guerre. E ciò pel civile; e altrettanto si pensi pel criminale.

Chi intendeva valersi di tal prova, doveva fare la *publicatio testium* cioè dei nomi, ai quali la controparte moveva ripulsa, e qui incidenti per ripulsa della ripulsa; e, questi esauriti, si aveva la pubblicazione dei *capitula* per l'interrogatorio, comunicati con cedola *ut appareat super quo testes deponent* (4). La contro-

(1) Stat. di Pistoia, ed. ZDEK., I, 2; Const. civ. Pis., pag. 26.

(2) Tale disposizione era avversata dalla dottrina, come si dirà a proposito della prova scritta.

(3) DURANTIS, II, 2, de test.: i testi diranno che è moglie perchè ebbe l'anello, perchè convisse maritalmente, ecc.

(4) Cons. Milano, 49, 66; Stat. di Modena, 1327, II, 118.

Digitized by Google

parte era citata per ogni atto e assisteva al giuramento che i testi prestavano, poi si ritirava. Le deposizioni erano raccolte da notaio che ammoniva di dire il vero e scriveva ma con queste cautele: *audito eo quod testis dixerit iterabit dictum testis ei dicens: ego intelligo quod tu dixisti et sic dicat totum quod dixit:... et tunc scribat per ordinem et relegat* (1). Consigliava una pratica notarile che quando i testi erano molti e le deposizioni prolisse *legat dicta unius testis et sufficiat pro omnibus et ita servatur Bononie* (2): ma invece lo Stat. del Frignano (1337, III, 23, ed. 1913) proibiva ciò espressamente: *non scribat dicta testium per idem, sed dictum cuiuslibet... et debeat authenticare... Et recipi debeant dicta testium* nel palazzo comunale, salvo casi di infermità, di donne, ecc. Un notaio scriva e un altro legga, e ognuno abbia un compenso per ogni carta.

A Milano il raccogliere le deposizioni era affidato ai *tabelliones qui ad pedes consulum sedent* e che scrivevano le date *ut appareat ex ipsa scriptura infra quod tempus causam ipsam consul terminare debeat* (3). A Pistoia (1296, II, 4) vi erano pure due notai per l'esame, scelti dalle parti se di accordo e a loro spese: e le deposizioni raccolte da notaio per commissione del giudice ma senza volontà delle parti non valevano. A Vercelli era vietato ai consoli di assistervi (4). Nel Friuli i testi erano interrogati davanti a due *boni viri*, alla presenza delle parti, non del giudice: e così continuò fino alla riforma veneta del 1565 che volle l'esame segreto davanti agli Esaminadori (5).

11. Dopo il risorgimento del diritto romano nacque nelle scuole la pretesa che i testi al civile e al criminale fossero interrogati in segreto: *sigillatim, secrete*. Si invocavano insegnamenti biblici (l'apocrifo c. 13 di Daniele e Susanna), disposizioni canoniche (c. 52, X, II, 20; c. 21, X, V, 1), e quelli che pretendevano estendere il segreto al civile, si fondavano sulle parole del Cod. (l. 14, de test., IV, 20): *iudicantis intrare secretum*, interpretate in maniera ridicola, dove invece *secretum* significava il luogo

(1) *Summa notariae*, ed. CICOGNANI, *Bibl. iurid. m. aevi*, III, 323.

(2) AEGIDIUS FUSCARARIUS, *Summa de ordire judic. fori eccl.*, 1545, foglio 37.

(3) Cons. Milano, 3; Stat. del 1396, III, 388; Stat. di Padova, 1236, pag. 66; Bologna, 1261, ed. FRATI, pag. 115, 118; Novara, 1460, f. 51.

(4) Stat. di Vercelli, 1241, ed. ADRIANI, pag. 129.

(5) Const. patriae Foroiuli, 53; LEICHT, *Parlam. del Friuli*, 156.

Digitized by Google

dove i giudici ascoltavano e decidevano le cause [1]. Gli Umanisti rilevarono l'errore; ma la pratica non si arrese alla correzione, e giustificò la segretezza colla Bibbia; e così formulò la regola prescrivente la *separatio testium* pel civile e pel criminale: *testes praebent testimonium separatim*. Non mancarono quelli che osservavano: *pars quae novit causae circumstantias melius interrogabit*, arguendolo dalla l. *si quando* 19 e dall'Auth. *sed etsi quis*, Cod. *de test.*, IV, 20: ma le loro parole furono inascoltate, chè alle autorità citate si aggiunse la ragione della mancanza di libertà da parte del teste alla presenza della controparte. La legislazione statutaria adottò il segreto pel criminale, lo respinse pel civile, autorizzando la parte a essere presente *in praestatione iuram. et in examinatione* (Pistoia, 1296, II, 4), davanti al giudice, nella sede del tribunale (Roma, 1580, I, 77), perchè fosse possibile esercitare le ripulse e dedurre subito le controprove (Perugia, 1340, ed. Azzi, II, 16). I testi dovevano deporre in tribunale anche alla presenza dell'avvocato, amenochè non allegassero infermità, o non fossero nobili, dignitari, aventi privilegio di essere uditi alle loro case, come le donne dovevano interrogarsi in chiesa o in sacrestia alla presenza di sacerdote.

Il segreto dunque restò pel criminale. L'imputato o il suo difensore potevano assistere alle deposizioni, le quali o mai erano conosciute (così nel procedimento inquisitorio) o solo dopo compiuta l'istruzione e generalmente senza il nome dei testi. La dottrina avrebbe voluto che questi giurassero alla presenza dell'imputato e dell'accusatore: *recepto iuramento a testibus coram partibus iudex cum uno solo teste ab aliis separato secedat in aliquem locum ita quod nullus eos audiat et singula dicta per ordinem redigat in scriptis per manum tabellionis* (Tancredo, III, 9, 2): ma invece gli statuti li facevan giurare alla sola presenza del giudice che poi li interrogava *separatim, secreto et singulariter... et dictum sigillatim scribatur per notarium* (Prata, ed. 1908, c. 54; Verona, ed. Campagnola, III, 20). Però il segreto cessava prima della sentenza: *dicta publicentur coram potestatem partibus presentibus vel ad hoc citatis* (id.), a quel momento avendo l'imputato facoltà di impu-

---

(1) Oltre Pillio, Tancredo e Grazia, v. Aegidius, ed. WAHRMUND, 11; RICHARDUS ANGLICUS, *Ordo iudiciarius*, ed. WITTE, 28, 33; ODOFREDUS, *Lecturae* in Cod., IV, 20, de teste, § 22, fogl. 232; AZO, *Summa*, id., pag. 323, § 22.

Digitized by Google

gnarle e contestarle [1]. Ma nel procedimento inquisitorio si giunse fino a negargli la comunicazione delle deposizioni, e in Piemonte si puniva chi le rivelasse: « et avenendo il caso che alcuno revelli et scupra alcuna cosa di esso esamine incorra la pena della confiscatione di tutti i suoi beni e sia bandito per 10 anni » [2]. E se la causa andava in appello, le deposizioni inviavansi in busta sigillata. Notiamo come nel Napoletano le deposizioni al criminale erano raccolte solo dallo scrivano, cioè da un ufficiale inferiore, ignorante e facile alla corruzione, e attraverso alle impressioni di costui o alle sue malefatte il giudice aveva notizia dell'istruttoria.

12. Fatta eccezione pel segreto, vi erano disposizioni comuni ai testi al civile e al criminale: per es. le stesse eccezioni di suspicione, per nimicizia, ecc., gli stessi modi di citazione e le stesse formole di giuramento, forse più solenni pel secondo: in Piemonte invocavansi da Dio punizioni terribili (Sola, pag. 210): e in un libro del secolo XVII è detto nullo il giuramento di chi non tocca il Vangelo colle mani, cosicchè il mutilato non poteva essere teste [3]. Negli Statuti eran fissati i giorni in cui era lecito procedere agli interrogatori [4], i termini per le ripulse e contestazioni [5], i casi in cui era vietato *reprehendere de falso* e vi era incluso l'omicidio (Perugia, id.), la clausola salvatoria, cioè il salvocondotto pei testi colpiti da bando (Pistoia, 1784, II, 163, 171), l'ammissione di testi forestieri (Perugia, id.), ammessi in Sicilia anche quando fossero oltre mare, purchè con cauzione di chi li invocava: il che non impediva che il giudice procedesse a sentenza, salvo a riesaminare la causa, quando fossero di ritorno e si potessero interrogare (Cap. Alphonsi, 171).

Dovevansi i testi produrre tutti in una volta, senza quindi poterne produrre altri in seguito: abuso questo constatato dalle Cons. di Milano (c. 3): *causarum patroni post aperturam testium praesertim si ultra salarium clientuli bursis eorum aliquod nota dignum ingesserint et testes notant et allegationem scribunt*. E il foro aveva

---

(1) Stat. di Padova, ed. GLORIA, I, 3; Riva, 1270-1790, II, 13, 15; Costit. egidiane, ed. SELLA, IV, 1.

(2) Nuovi decreti, ed. SOLA, *Comm. ad decreta*, pag. 421, 440.

(3) AMBROSINUS, *Practica criminalis*, ed. 1750, lib. II, c. 1.

(4) Leges genuenses, ed. DESIMONI e BELGRANO, 809.

(5) Stat. di Perugia, 1342, ed. AZZI, III, 31; Ritus M. Curiae, 56.

Digitized by Google

ammesso che il giudice potesse concedere una *tertia* e *quarta productio*, col giuramento che non era dolosa, che i testi non eran noti, lontani, ecc.: Pillio però nota che la *quarta adhuc fieri non vidi* (1). Ma eran dilazioni, che accordavansi anche in materia di strumenti, pure da presentarsi *exordio litis* (2), ma denunziati come introvabili, nascosti, ecc., e pei quali chiedevasi ancora *publicatio* con altra citazione.

Il giudice, oltre quanto era scritto negli *articuli*, *capitoli* o *intentiones* e comunicato alla controparte (3), era autorizzato a interrogare i testi *de omnibus quae faciunt ad causam*, *de causa scientiae* (4), doveva ricordare la santità del giuramento, infine leggere le deposizioni e chiederne la conferma. Alla controparte era assegnato un termine *ad disputandum* (5).

Pene severe erano minacciate contro i contumaci *ad deponendum* (6). I reticenti nel procedimento penale erano sottoposti alla tortura.

13. I testi si distinguevano secondo la *conditio*, *sexus*, *aetas*, *discretio*, *fama*, *fortuna*, *fides*. Per l'età dove si ammetteva il maschio a 14 anni e la donna a 12 (7), dove l'età di 18 o di 20 richiedevasi per testimoniare nelle cause criminali, e questa è la norma più frequente. Per la fama erano esclusi i condannati, i banditi (8), gli usurai manifesti, i giocolieri, i sodomiti, ecc.: per la religione gli Ebrei, i Saraceni, gli eretici, i simoniaci, gli scomunicati (9).

---

(1) PILLIUS, III, 9; TANCREDUS, III, 8, 2. Cfr. HUGOLINUS, *Dissens. dominorum*, § 137, 345, pag. 228, 487; *Gloss. ad Novel.*, 90, § quia vero, c. 4, in v. quartam testium product.; DURANTIS, I, de teste, § qualiter, 8. A Brescia si ammettevano testi nuovi, e così a Bergamo, purchè chiesti prima dello spirare della dilazione: e così pure a Pisa; usanze però abrogate. Const., 15, Usus 13; BONAINI, II, 691, 868; LATTES, 104.

(2) Stat. di Modena, 1327, I, 40.

(3) Nuovi decreti di Savoia, ed. SOLA, pag. 211.

(4) TANCREDUS, III, 8, 2; Const. leg. pisan. civ., c. 15.

(5) Stat. di Modena, cit.; Frignano, III, 5; Ritus M. Curiae, 73, 74.

(6) Stat. di Roma, ed. RE, II, 32; Modena, 1327, II, 10; Trento, ed. GAR, 27; Rovereto, 1425, 23.

(7) Stat. di Prata, 56. La Carta de Logu richiedeva 18 anni per l'uomo.

(8) Per le Consuet. di Bari, *cum ob hominum*, non era ammessa la testimonianza di persona *non honesta*. Così anche in Stat. di Verona, 1482, II, 26; Pallanza, III, 32. Invece a Novara, II, pag. 113, i banditi erano ammessi.

(9) Ritus M. Curiae, 105, e le cit. Cons. di Bari.

Digitized by Google

Gli Ebrei non potevano testimoniare contro Cristiani *propter falsa testimonia quae contra Christum perhibuerunt*: e lo stesso principio valeva in Sicilia pei Saraceni (Consuet. Palermo, 15), ma per ricambio nemmeno era ammessa la testimonianza dei Cristiani contro gli Ebrei, salvo i casi in cui *Christiani per una commercia repellerentur* (1).

Non erano ammessi il nemico (*inimicus odiosus*), nè l'amico, nè i *familiares nec quibus imperari possit*, nè i *periuri vel infames*, nè chi *sit sub eadem potestate cum producente* (2), nè l'avvocato, il procuratore, l'ignoto, il giudice o *de domo iudicis*, il *socius*, i parenti (3). Lo Stat. di Perugia del 1342 (ed. Azzi, III, 26) vieta la testimonianza di servente, fante, fantesca contro il padrone: e questo si spiega; per ragioni politiche invece era vietato agli abitanti dei castelli deporre contro Perugini o contro il Comune (id.): e alle stesse ragioni devesi l'esclusione dei *potenti*, fatti segno a leggi di eccezione, di deporre contro i cittadini, esclusione che colpiva anche i loro *scutiferi*, *bubulci*, *castaldi*, *gardemani*, *custodes*, *procuratores*, *familiares* (4).

Poi mentre alcune leggi rifiutavano la testimonianza in pro o contro dei parenti, a Milano *frater contra fratrem cogitur dicere testimonium*; a Padova il figlio contro il padre; a Pisa il padre contro i figli. Il ferito, il percosso erano uditi solo come denunzianti, e così gli eredi e i parenti dell'ucciso (5): e in questo senso va intesa la disposizione del cit. stat. perugino (III, 32): i testi *de omicidio non se possano de falso reprendere.*

---

(1) Siccome nelle leggi romane non si diceva se fossero o no ammesse le testimonianze di cristiani contro Ebrei, si era formata la consuetudine di ammetterli. Ciò provocò il divieto del Conc. lateran., 1179 (c. 21, X, II, 20). In Sicilia dovè persistere la consuetudine di ammetterli, onde nel 1310 Federico II, cap. 67, *de statuto ut cristianus non sit testis contra Iudeos sublato*, vietò la consuetudine *qua Christianorom testimonia adversus Iudeos in quibusdam locis Siciliae non admictebantur*: TESTA, I, 79. Vedi LAGUMINA, *Codice diplom. dei Giudei di Sicilia*, I, n. 30; DI GIOVANNI, *L'ebraismo in Sicilia*, pag. 89.

(2) Stat. di Piacenza, 1336, II, 40; Pistoia, 1284, II, 195; Reggio, 1582, II, 18.

(3) Sui *patroni causarum*: Consuet. milan., 68.

(4) Stat. sacrati e sacrat. di Bologna, ed. GAUDENZI; Modena, 1327, pag. 363, 539.

(5) Stat. di Modena, 461; Parma, 1255, III, 35; Acqui, ed. FORNARESE, III, 18.

Digitized by Google

I membri di corporazione od arte non potevan testimoniare a reciproca difesa [1]. I chierici pretendevano, in base al privilegio di foro, di non esser tenuti a deporre al foro secolare: ma nessuna legge li assecondò: solo non eran puniti se non presentavansi.

Il pregiudizio barbarico che il valore del teste si desumesse dal suo stato economico — a parte le inferiorità a carico del povero — fa ancora mostra in alcuni antichi statuti, che in cause di certa entità voglion testi che posseggano l'equivalente [2]. Il suo posto fu preso poi dall'altro pregiudizio timocratico contro i nullatenenti. La povertà era onorata nei santi, ma nei tribunali non si credeva ai poveri, peggio ai mendicanti, assimilati ai vilissimi, ai vagabondi, agli *ignobiles nimis obscuri*. Vero è che Pillio scriveva: *hodie est abrogatum per generalem consuetudinem* (III, 8): ma si vedrà come la testimonianza di un povero avesse un minimo valore. Intanto notiamo che un povero non poteva testimoniare contro a nobile e a dottore, e che nei paesi feudali (Piemonte e Napol.) la stessa inabilità colpiva anche il borgese: contro un conte e barone occorreva la testimonianza di due conti o di quattro baroni o di otto militi o di sedici *burgenses* di buona fama: contro barone quella di due baroni, quattro militi od otto *burgenses*: salvo che l'imputazione fosse di lesa maestà: così le Cost. di Federico II (II, 32), e fu prerogativa a cui il baronaggio tenne per secoli.

Anche i contadini e i rustici in generale ebbero la loro parola meno valutata, specie nell'Italia meridionale; perchè mentre, per es., a Lodi (1538, f. 21) era esclusa la testimonianza dei coloni e inquilini a favore o contro il loro padrone, a Napoli (Consuet., 19) non si udiva rustico contro qualunque cittadino napoletano in causa civile, e solo in materia di servitù o di contratti agrari; e se vi era controversia fra loro per motivo di possesso il rustico doveva allegare il titolo, l'istrumento pubblico, nè gli giovava prescrizione alcuna. Ciò era conseguenza dell'abbiezione in cui furono tenute nel Sud le popolazioni rurali: e altrove era in dipendenza delle tante limitazioni poste all'attività dei contadini dalla

---

(1) Stat. di Brescia, 1277, VI, 24; BERTALDUS, *Splendor venet. consuet.*, 60.

(2) Stat. di Moncalieri, *Hist. p. Mon., Leges*, I, 1136, 1166: *in causis maioribus sol.* 60 *non detur fides alicui testi habenti minus sol.* 60 *in bonis*. E per lo Stat. di Pisa, 1286, pag. 379, il teste che aveva meno di 100 lire doveva dare fideiussore; cfr. PERTILE, VI, 397. Anche la Carta de Logu, 70, parla di testi *bonos homines*, cioè possidenti.

Digitized by Google

legislazione comunale, di muoversi, vendere, ecc., alle quali essi opponevano la loro scaltrita arma di difesa, la frode, la malizia, la menzogna: ed è in questa epoca che si forma la letteratura popolare cittadinesca del cattivo villano (1).

Vi è ancora da notare un'altra restrinzione ai testi presentati, che giustificava la ripulsa, quella ispirata al particolarismo municipale, che induceva a dar maggior peso alla parola dei testi *de sua cappella vel contrata* (Pisa, 1286, pag. 239): era pregiudizio o presupposto che fossero meglio informati? e non poteva la solidarietà di compagnia o fraternità renderli reticenti o mendaci? Peggio poi se appartenevano ad altro Comune o giurisdizione, chè allora erano esclusi del tutto (Prata, 56). A Venezia non era ammesso il forestiero a testimoniare contro un Veneto: egli poteva con giuramento sostenere le sue pretese, qualora il Veneziano non volesse giurare (2). A Fiume si respingevano dal testimoniare quelli che non potevano essere testi per diritto comune; ma si ammettevano nelle criminali *come aiuto quando altrimenti non si potesse stabilire la verità* (III, 2).

14. In quanto alla testimonianza delle donne vinsero per lungo tempo i pregiudizi che le società incivili a tipo militare (3) hanno formato contro di esse, la cui condizione fu ritenuta *in multis articulis deterior quam masculorum*. Dal momento che lo stesso S. Tomaso affermava: *mulier est minoris virtutis et dignitatis quam vir* (I, qu. 9, art. 3), non è meraviglia che nelle fonti canoniche si sancissero le massime seguenti: *varium et mutabile testimonium semper foemina producit: — mulier... nec testem esse neque fidem dare et iudicare* (4), e che le leggi ponessero la sua parola in giudizio in un grado inferiore a quella dei maschi, di ac-

(1) SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8ª ed., 1921, pag. 353.

(2) Stat. Tiepolo, 1229, c. 13, 14; BESTA, *Statuti veneti anteriori al* 1242, pag. 67.

(3) Infatti nei Libri feudor., II, 32, è detto: *istae enim nec in causa feudi nec in aliis recipiuntur ad testimonium*. E. ARIPRANDO, *Comm. in Lomb.*, II, 51: *a testimonio prohibeantur femine ea ratione qua iurare prohibentur*.

(4) C. 1, X, de verbo signif., V, 36; c. 17, C. XXXIII, qu. 5. Invece il can. 17, C. XXII, qu. 5, ne escludeva la testimonianza solo nelle cause criminali. Bonifacio VIII, c. 2, in VI, II, 1, l'ammise ma raccomandò che fosse raccolta presso notaio perchè *mulieres vagari non convenit nec virorum coetibus immisceri*. E a questo concetto di pudicizia si ispirarono gli statuti italiani.

Digitized by Google

cordo coi giuristi che con poca cortesia la dicevano *mollis, levis, genus avarissimum* (B. Socino, Paolo di Castro). Testimoniare è una dignità non compatibile colla leggerezza muliebre, che fu il tema favorito dei nostri novellieri e dello spirito misogino dominante fino all'epoca moderna (1). Insegnava così Tancredo (III, 6): *prohibentur mulieres esse testes in causis criminalibus... in aliis autem causis sive pecuniariis sive spiritualibus sive matrimonialibus possunt ferre testimonium.* Ma altri correggevano tanta larghezza rimettendo al giudice di accogliere la loro testimonianza come indizio o presunzione in difetto di altre prove (2): e più oltre andò il diritto veneto antico che accettava la testimonianza di una donna se prestata assieme a quella di un uomo, e ancora così ne valutava la parola: *masculus cum muliere sicut duo masculi... Omnes mulieres que sunt in universo mundo non possunt nisi pro uno homine dare testimonium* (3). Al quale disprezzo rispondeva in modo analogo il diritto napoletano e siculo che ammetteva le donne a deporre solo quando non si avesse testimonianza di maschio e limitatamente ai rapporti di parentela, questioni di parto, nascita, età, o a fatti avvenuti in monastero, molini, forni, bagni, ginecei, chiese, fiumi, o in occasione di nozze (4).

Tali restrizioni sono ignote agli statuti delle città dell'alta e centrale Italia, che si rimettono al diritto comune (5), oppure si limitano a prescrivere norme sul modo di osservare nell'interrogatorio di donne: il che dimostra che la loro testimonianza era ammessa, salvo la valutazione da farsi colle regole generali. A Perugia (1342, III, 29) le donne dovevansi interrogare in chiesa: *nulla mulier pro aliqua confessione facienda vel testimonio reddendo intret vel ascendat palatium Communis vel hospitium potestatis; sed iudex vel eius notarii debeant ire in ecclesiam maiorem pro ipsarum confessione et testimonio recipiendo.* Tale prescrizione è inserita

(1) SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8ª ediz., 1921, pag. 373, con indicazioni bibliografiche.

(2) Gloss. ad Instit. de testam., § testes; DURANTIS, II, de teste, § 1. E i canonisti, c. 2, in VI, de iudiciis, V, 1. Anche dove è ammessa, *non est testis omni exceptione maior.*

(3) ROBERTI, *Magistrature venete*, I, 280.

(4) Consuet. di Palermo, 12, 14, 16; Messina, 49; Trapani, 24; SICILIANO, *Cons. di Palermo*, pag. 228; GENUARDI, op. cit., 41.

(5) Stat. di Modena, 1327, pag. 138; Pisa, 1286, pag. 440, 453; Piacenza, 1391, II, 43; Fiume, 12.

Digitized by Google

in molti statuti [1] e nei Riti napolet. (143). A Firenze legge del sec. XV voleva che le donne nelle cause criminali deponessero alla presenza di sacerdote o di monaco e in sacrestia [2]: in Corsica (I, 11) a ricevere la testimonianza di donna di onesta condizione doveva andare il notaio. A Piacenza (1336, II, 43) e a Castro Arquate (1445, II, 82) a proposito *de mulieribus cogendis ad testimonium* erano prese misure per mettere al sicuro la loro onestà, nel senso di non costringerle a salire le scale dei tribunali e a non porle a contatto coi delinquenti. Tali cautele scomparvero nelle riforme statutarie, come anche non fu più necessario dettar norme sul valore della loro testimonianza, perchè questo rientrava nella dottrina delle prove legali, che lo dosavano contando con calcolo aritmetico quante donne, quanti rustici, quanti poveri occorressero per fare una prova piena, e poichè nella letteratura giuridica persistevano anche al sec. XVII le idee più retrive: *mulieres preasumuntur malae; non sunt idoneae testes nisi veritas aliunde haberi non posset... semper minus fidei adhibeatur* [3], si comprende come si debba arrivare ai codici moderni per trovare la sconfitta di tali errori.

15. Pel numero dei testi era dottrina comune che *vox unius vox nullius: — duo testes faciunt plenam probationem, unus faciet semiplenam* (Durantis, II, de iuram. delat., § 2). Il Deuteromio, c. 19, aveva prescritto: *non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati et facinoris fecit: sed in ore duorum aut trium testium stet omne verbum*. Egual regola era nel Dig. 2, XX, 12, e nelle Decretali, c. 2, II, 20; c. 3, I, 38; c. 3, III, 28. Ma nel numero aveva anzitutto importanza la differenza fra testi di verità e testi di fama, la quale si trova nella legislazione toscana dei secoli XIII e XIV: e le loro deposizioni valore diverso avevano secondo il numero, tanto che uno solo di verità era sufficiente a provare un fatto, mentre per lo stesso fatto ne occorrevano 2, 4, 5 di fama [4]. Nelle altre regioni era scomparsa tale distinzione

---

(1) Stat. di Pistoia, 1296, IV, 8; Todi, 1275, ed. Ceci, 1897, pag. 7: Roma, I, 21. E così si applicava la regola stabilita da Bonifacio VIII.

(2) Stat. di Firenze, 1415, II, 20; Piacenza, 1336, II, 43; Castro Arquate, 1445, II, 82.

(3) Maranta, IV, dist. 1, n. 48; Clarus, § fin., qu. 24; Farinaccius, *De testibus*, qu. 50; Pacius Iordan., *Locubr.*, III, pag. 331.

(4) Stat. di Montagutolo, 1280-1297, ed. 1863, c. 47; Ascoli, 1387 (ed. 1496), III, 81; Stat. delle Compagnie del popolo di Siena, sec. XIV, c. 23 (ed. 1851), uno di verità e cinque di fama.

Digitized by Google

e avevasi solo il criterio del numero: non meno di due, anzi la quantità contribuiva ad accrescere la certezza: e questa poi si consolidava dalla qualità dei testi che dovevano essere *fide digni* (1): e a tal requisito più che alla quantità si atteneva saggiamente l'antico diritto veneto (2). Ma sotto l'impero dei concetti che condussero alla dottrina delle prove legali, l'antica legislazione municipale volle che il numero variasse secondo il fatto da provarsi, e quindi crescesse secondo la importanza e gravità. Tale discriminazione trovasi, per es., negli Statuti di Pistoia del 1284, i quali per alcuni casi sono paghi della deposizione di due *homines boni et veraces*, ma in altri ne richiedono tre e quattro (II, 105, 168, 197) (3).

La dottrina antica attribuì al numero significato e conseguenze speciali nel civile e più nel criminale, in riguardo alle presunzioni e alla tortura. Pillio (III, § 3, 13) contro alcuni che sostenevano il contrario, scriveva: *unus testis maximam inducit praesumtionem* e vi insisteva (§ 8) tanto per la giurisdizione contenziosa che per la volontaria, sempre nei limiti di presunzione, non però per condanna (*ut secundum eum iudicetur*), per questa occorrendo due (§ 9), e Tancredo tanti ne richiede (III, tit. 7). Ci fermiamo su quella corrente dottrinale che prese a base di prova il *testis unicus: plene probat cum indiciis*, dice Bartolo, o *cum confessione, absente parte, facit semiplenam probationem, facit indicium sufficiens ad torturam* (4); e Baldo: un teste con fama e altri certi amminicoli fa sufficiente prova nei fatti antichi dei quali non è memoria; e nei delitti occulti fa congettura (5): e tanto più se medico o messo del Comune, o esperto perito o eletto per consenso delle parti, ecc.: ma tutti aveva superato Durante ponendo 30 casi nei quali *unus solus plene probat* (6), e fra questi poneva i danni campestri, *quia in campis est raritas testium et non possit testium haberi copia*. Poi gli stessi dottori dissero: ne

(1) Stat. di Como, 1350, in *Hist. p. Mon., Leges*, I, 185, 237.

(2) BESTA e PREDELLI, *Stati civili di Venezia anteriori al* 1242, pag. 128.

(3) Stat. di Modena, 1327, pag. 137; Padova, ed. GLORIA, pag. 262; S. Marino, sec. XIII, c. 120; Consuet. di Monte S. Giuliano, c. 12; di Noto, c. 35. Cfr. TANCREDUS, III, 2, 70.

(4) Ad l. 1, Dig. de testibus, XXII, 5; l. 31, Dig. de iureiurando, XII, 2; l. 20, Dig. de quaest., XLVIII, 18, vol. VI, pag. 159.

(5) *Margarita*, voce testes.

(6) I, de testibus, § 11. Giasone del Maino li riduceva a 11.

Digitized by Google

occorrono 4 per provare la parentela, 2 per la buona fama e l'amicizia, 20 contro vescovo, 72 contro cardinale (*sed contra papam duo sufficiunt*), 2 contro eretico, 2 laici *pro accusato* sono preferiti a 2 chierici *pro accusatore*, 2 degni ed onesti sono preferiti a 1000 ribaldi. E tali criteri congiunti al numero predominarono nella legislazione: per es. a Padova e a Modena (Stat. cit.) le denunzie erano accolte anche se accompagnate e sorrette da una sola testimonianza. Ma invece lo Stat. di Modena (1327, III, pag. 356) e le Cost. egidiane, VI, 3, pag. 198, richiedono 4 testi oltre la pubblica fama per provare la qualità di usuraio, e 4 le dette Costit. (VI, 9) per quella di ebreo usuraio: a Pisa (1286, pag. 116) ne occorrono 6 per la moralità di un notaio: a Genova sono necessarie 8 persone per provare *utrum talis res sit publica vel privata*; e le antiche Cons. di Milano (15) e lo Stat. del 1396 (III, 12) vogliono 5 per provare un pagamento. Così a maggior numero di testi sono affidate le questioni di famiglia, nascite, matrimoni, figliazione, per le quali Bologna ne voleva 7 nel 1250, e nel 1261 elevò il numero ad 8 (1). Le Costit. egidiane (IV, 18, pag. 161) richiedono 10 testi idonei *deponentes per famam etiam sine cause scientia* nelle liti contro coloro che occupano per tirannide terre e giurisdizioni della Chiesa romana: e 4 (VI, 4) per difendersi in causa di spoglio.

Dicevano i giuristi che è richiesto minor numero *in rure quam in urbe*: ma anche ciò non appare seguìto, perchè troviamo statuti rurali o di piccole terre feudali (2) esigere molti testi, e in Sardegna, mentre per provare un credito non appoggiato da pubblico strumento bastavano 2 testi, se ne esigevano 5 per un diritto su cosa mobile e 9 su un immobile (3).

Devesi render giustizia alla dottrina del sec. XIV che cercò insinuare in questa materia criteri più logici: essa enunciò il principio: *iudex potest refrenare multitudinem testium* (4), e un

(1) Stat. di Bologna, 1250, II, 11; 1261, II, 12; GANDINUS, *Quaestiones statut.*, ed. SOLMI, n. 39.

(2) Consuet. di Sorrento, ed. VOLPICELLA, c. 32; Stat. di Pallanza, III, 18; Mirandola, 1386, ed. 1885, lib. III, pag. 50; Carpi, 1353, ed. 1857, pag. 12.

(3) Stat. di Sassari, 1316, II, 18: *pothat battere destimongios duos fini in V, e di più nonnen se recivat*; eguale disposizione nello Stat. di Castelgenovese, ed. ZIROLIA, 1898, c. 62, 63.

(4) BARTOLUS, l. cit.; DURANTIS, I, de offic. Omnium iudic., § de servit. vers. post litem e § potest e § 7 e 11.

Digitized by Google

altro sulla qualità: *fides testium dependent ab arbitrio iudicum* (1). La limitazione è già nelle leggi italiane del sec. XIV. Perugia nel 1342 (III, 28) non ne ammise più di 10, aggiungendo che per ogni teste in più si pagasse una somma alla cassa del Comune. *Non ultra duodecim testes recipiantur* (2), *non ultra decem* (3) ordinano altri statuti, e altri *non ultra septem* (4). Lo Stat. di Fiume dice: nelle civili attore o reo possa produrre fino a 12, a meno che non abbiano formulati diversi capitoli contenenti cose diverse, e in tal caso su ogni capitolo 6 testimoni da ascoltarsi solo sui capitoli dichiarati. Oltre i 10 si paghi per ciascun teste doppia competenza al vicario e al cancelliere (II, 13). Secondo lo Stat. di Corsica « non si possa ricevere nè esaminare più di 8 testimoni sopra un titolo; e se oltre il detto numero ne fossero esaminati, restino nulli, nè il producente si possa valere di quelli esaminati oltre » (5). In Sardegna (*Carta de logu*, 74) non se ne ammettono più di 10. Lo Statuto di Pallanza, 1484 (III, 28) ha una rubrica: *de testibus usque ad centum non cogendis*. L'abuso di andare in tribunale seguìti da folla di testi era nel Napoletano tale che Ferdinando I pubblicò la Pramm. *de testium refrenatione* e ridusse il numero massimo a 7. Ma poi bastavano a condannare un teste e il denunziante nel caso di spendita di moneta falsa, due testi in quello di esportazione di seta o di frumento abbruzzese, tre in quello di casa da giuoco o contro usuraio o contro fornai venditori di pane senza il sigillo del Comune o contro gli incendiari di messi: cinque provavano la corruzione di pubblici ufficiali (6).

15 *bis*. Erano ammessi i testi *ad aeternam memoriam* (7). I vecchi e gli infermi potevano interrogarsi prima della *lit. cont.*, davanti

---

(1) BARTOLUS, ad l. 1 Dig. de testibus, XXII, 5; PAULUS DE CASTRO, l. 31, admonendi, Dig. de iureiur., XII 2; BALDUS, ad l. 4, Cod. unde cognati, VI, 15.

(2) Stat. di Piacenza, 1391, II, 40; Fiume, 1530, II, 12.

(3) Stat. di Verona, sec. XIII, rub. 33.

(4) Stat. di Roma, 1523, I, 64; 1580, I, 73.

(5) Stat. civ. e crim. di Corsica, ed GREGORI, Lione, 1843, I, c. 11, pag. 22.

(6) Pragm. 14, tit. 151, de prohib. arte chimica, 1622; Pragm. 9, 11 e 25, § 16, tit. 74, de extract., 1573, 1628; Pragm. 7, § 7, 10 e 12, tit. 6, de aleator., 1503; Pragm. 6, tit. 45, de commis., 1600; Pragm. 1, tit. 243, de usurariis, 1462; Pragm. 13 e 14, tit. 76, de exulib., 1627; Pragm. 6, tit. 192, de pistoribus, 1598; Pragm. 4, tit. 153, de muneribus officialium, 1540.

(7) Stat. di Piacenza, 1336, II, 54; Castro Arquate, II, 83; Amadeo VIII, 1586, nei Decreta ducum Sab., pag. 53.

Digitized by Google

al convenuto; e secondo le leggi di Corsica (I, 12) erano interrogati ad eterna memoria quelli che fossero in pericolo di vita o dovessero partire o vecchi sopra 50 anni, citando però l'avversario e se assente la moglie sua o i parenti: e si creda al giuramento del teste che dice dover lasciar l'isola. Detta testimonianza è ricordata anche nelle *Const. r. Sic.*, II, 35, ma è aggiunto che la deposizione non valeva se la lite entro un anno non era contestata.

16. Della prova per testi trattarono largamente i proceduristi (1): sul momento in cui ammettersi, cioè dopo la *lit. cont.*, (Tancredi elevava 13 eccezioni e Durante 36); sul salvocondotto pei banditi, sulla formola del giuramento (*tota substantia depositionis consistit in iuramento*), sul diverso valore del deporre *quam credit vel quam scit* (2). Il *scio quia scio*, diceva Bartolo, non è provare, nè provasi invocando la pubblica fama senza indicare persone o allegare ragioni: anche il silenzio non va inteso come negazione o affermazione (ad l. 142, Dig. de reg. iuris): Bartolo non era favorevole in genere ai testi che includeva nell'*ars vilissima* pari a quella di *vendere oleum et sal et stare ad custodiam porcorum* (3); ma doveva alludere a quelli che si prestano per denaro a far testimonianza.

La tendenza a dar minor valore alla prova testimoniale e a richiedere il principio di prova scritta si avverte nella legislazione posteriore al sec. XVI. Così i Nuovi Decreti piemontesi non l'ammettevano quando il valore della causa superava i 50 scudi di oro, nei testamenti e donazioni, se non quando *vanno a corroborare con scrittura*: « ma se si provasse che l'istrumento o il testamento non si potesse ricoverare dal notaio, bastava la prova di due testi » (4). Invece gli antichi dicevano: *dignior est vox viva testium quam vox mortua instrumentorum* (5).

---

(1) PILLIUS, III, 8; DAMASUS, tit. 60; TANCREDUS, III, 6; GRATIA, II, 6; DURANTIS, I, III, de teste.

(2) Non era ammessa la testimonianza *de credulitate*. Così a Parenzo (ed. KANDLER, II, 10) non si credeva a testi sulla esistenza di un debito lasciato da defunto; in Sicilia per Cap. di Alfonso, 11 e 86 del 1423 erano escluse le deposizioni « in tali dissi come tali ».

(3) Ad l. 6, nequis, Cod. de dignit., XII, 1, vol. VIII, pag. 48; l. minores, Dig. de quaestionibus, XLVIII, 18, vol. VI, pag. 180.

(4) Nuovi decreti dei duchi di Savoia, ed. SOLA, pag. 448.

(5) Così IOAN. BASSIANUS, *Libellus de ordine iudiciorum*, ed. TAMASSIA e PALMIERI, in GAUDENZI, *Bibl. iurid.*, II, pag. 236.

Digitized by Google

Nei trattati sull'*ars articulandi quae inter causidicos tenet summum gradum* non solo si discute sui doveri del giudice di scartare gli articoli negativi o condizionali, supplire le omissioni, ecc., ma molto sul modo di notare le deposizioni. In Piemonte doveva commentarle « specificando come e quando avesse il teste dato qualche segno di sospetto o cambiando colore o vacillando, o intrigandosi come chi dubita di essere trovato in bugia » (1). Poi segnalare *per crucem, literam vel aliud signum in margine* le prove concordanti o discordi e quali *membra probata* da aversi presenti e decisivi per la sentenza. Una legge toscana del 1660 disponeva che i testi fossero interrogati uno dopo l'altro, e dessero mallevadori di dire il vero (2).

Oltre le norme del rito civile compatibili col segreto, il criminale ne aveva altre sue proprie imposte dalle esigenze dell'inquisitorio. Le troviamo specialmente a Napoli e più nel tenebroso *rito siculo*, che se volle in ferrei vincoli disciplinare la materia *de informationibus capiendis*, materia che nelle altre regioni era rimessa alla pratica forense e alla dottrina, non trascurò le più ovvie precauzioni per circondare il processo di alcune guarentigie e cercò togliere abusi e rilassatezze introdottesi per la nequizia dei tempi. Il primo e più rilevante abuso era il rimettere agli scrivani l'audizione dei testi. È tutta una serie di norme che lo vietano, a cominciare dai Riti napol. alle Pramm. di Ferdinando I, ripetute da Carlo III nel 1738. Lo stesso divieto è per Sicilia nella Pramm. di M. A. Colonna, ordinandosi che se il giudice non era laureato, assistesse all'interrogatorio il Consultore fiscale (3): e nel 1604 eransi comminati tre anni di galera a quei procuratori fiscali che da soli osassero assumere informi, appunto per togliere *algunos inconvenientes aque no es iusto dar lugar* (4). Ai procuratori spettava indicare i testi, ma le leggi aragonesi (Cap. di Giovanni 31, di Alfonso 370) facevano loro divieto di collaborare alla formazione del processo: così durò fino al sec. XVIII quando ad essi furono attribuite maggiori funzioni. Abuso siculo constatato in decreto del 1749 era di sottoporre i testimoni a tortura. Carlo III prescrisse la sola *restrizione di car-*

(1) *Nuovi decreti dei duchi di Savoia*, ed. SOLA, pag. 443.
(2) CANTINI, XVIII, pag. 180.
(3) Pragm. M. A. Colonna, de informat., § 1, 2, 6, 7, 8.
(4) Cap. Philippi, II, 6; Pragm. 27, tit. II, vol. I, pag. 37.

Digitized by Google

cere cioè in dammuselli per non oltre 40 giorni: « qualora però sia testimonio chiamato e convinto pienamente, possiate divenire alla tortura... e alli testimoni che abbiano macchia sia di complicità sia di infamia dòbbiate solamente purgarli sotto la tortura in quella forma che viene dalle leggi disposto » (1). Tortura dunque ai testi *tamquam cadaver ad vocandos complices, in capite alieno*; e a quelli che offrivansi di provare delitto atroce di difficile prova sotto condizione di impunità dei loro crimini, accordavasi esenzione da ogni accusa e condanna in cui fossero incorsi (2).

In Sardegna l'interrogatorio avveniva alla presenza dell'ufficiale e di tre *bonos homines*. Le deposizioni erano lette alla Corona presenti le parti che potevano *iscredere* i testi sospetti (3). Il giuramento avveniva o prima o dopo la deposizione, e senza esso questa non valeva (4): la testimonianza risultava *ex dicto et iuramento* (5) prestato davanti le parti: donde la scrupolosità e le cautele nella formola (6). In Sicilia i testi giuravano anche *de inimicitia* « e se dirà che è nemico declarerà etiam la causa » (7). Le deposizioni erano ripetute davanti all'imputato, e citavansi anche i parenti di lui per bando, perchè assistessero al giuramento e agli atti successivi, specialmente nel caso di contumacia del reo, per poter anche essi replicare, opporre, accusare i testi di falsità e di spergiuro (8). Nel qual caso, se convinti di falso, la pena era la capitale: « la falsità delli testimoni è molto pericolosa in questo regno:... se alcuno sarà convinto de falso testimonio in causa criminale o grave per pena di tal falsità debbia morire naturalmente se la causa nella quale ha testificato fosse di morte, e se non fosse di morte habbia quella pena della qual era degno quel tale ecc. » (9), e ai falsi testi a difesa tagliavasi la mano.

17. Nel sec. XVIII formulavansi ancora regole su questa prova: per es. lo stesso disfavore pei non abbienti e peggio pei poveri di vile condizione e pei domestici: e invece il massimo credito ai

(1) Siculae sanct., vol. V, pag. 165.
(2) Sicul. sanct., t. V, pag. 119 e segg., an. 1747.
(3) Carta de logu, 71.
(4) BARTOLUS, l. 31, Dig. de iureiur., XII, 2; DURANTIS, I, 4, de test.
(5) LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, test. depos., n. 1.
(6) PILLIUS, II, 3; TANCREDUS, III, 9, § 1.
(7) Pragm. sic., 9, tit. XIX, vol. I, pag. 147.
(8) Pragm. M. A. Colonnae, § 12-16, pag. 25.
(9) Pragm. sic. 1, tit. XXXV, vol. I, pag. 234.

Digitized by Google

nobili; nemmeno di essi uno basta, *etiamsi sit cardinalis*. Erano cadute in disuso le limitazioni del numero: i vecchi a 70 anni erano esclusi dal testimoniare. Nel *formulario* del Barbagallo del 1779 pei tribunali di Sicilia la presentazione dei testi era così stilata: « sono persone virtuose, timorose di Dio e della giustizia e loro coscienze solite confessarsi e comunicarsi allo spesso, veritateri e non patiscono nessun defetto ed hanno e tengono molte altre virtù e buone qualità, attente le quali buone qualità e virtù si deve dare ogni fede e credito » (pag. 102).

§ 4. *La prova scritta.*

18. La tradizione italica fu tutta ispirata ad attribuire il massimo valore alle carte *quae a tabellione conscribantur* (l. 17, Cod., IV, 21). I notai anche nelle epoche più tristi medievali ebbero funzioni quasi pubbliche, e i loro scritti facevano piena fede: i contratti di ogni genere erano rogati da essi alla presenza di testi: dove ancora esistevano le curie, erano, presso queste trascritti. I monasteri li conservavano nei loro archivi. Al tempo dei Comuni la prova scritta ottenne la preferenza sopra tutte. Gli Statuti sanciscono norme rigorose per l'esercizio del notariato, pei requisiti degli atti pubblici, per la loro conservazione in archivi e ordinano che agli *exempla per manum publicam transcripta* si presti piena fede: questo *de iure* e per consuetudine [1]. Notevoli per la minuziosa cura sono le leggi venete sulla carta madre e la carta figlia e sulla credibilità che va attribuita alla prima [2]. Quello che è consacrato nello Stat. di Fiume (II, 13 e 14) è proprio di tutte le leggi italiane [3]: il pubblico strumento, dice la legge fiumana, fa piena fede: contro esso può solo eccepirsi pagamento, falsità, prescrizione, compensazione. Per quelli redatti da notai forestieri deve risultare da altro pubblico atto la loro capacità. Le

---

[1] Const. regni Sic., I, 80; Breve pot. Pistorii, 1284, I, 11, 18, 77; II, 18, 142, 180; Stat. di Pistoia, 1296, III, 69; Perugia, 1342, II, 56; Costit. egidiane, 1357, II, 10.

[2] A Venezia se smarrivasi l'originale, presentavasi alla Curia l'apografo giurando che era tratto da buona madre, e sulla credibilità stavasi al parere di nbtai; BESTA, *Diritto civ. fino al Dogado di Dandolo*, 1900, pag. 181. PITZORNO, *Carta mater*, nel *Nuovo arch. veneto*, 1909. Cfr. PILLIUS, III, 1; TANCREDUS, III, 101; GRATIA, II, 6, 3.

[3] Cfr. per es. Stat. di Perugia, 1342, II, 15.

Digitized by Google

scritture private fanno fede se aventi la firma dei testimoni e il sigillo dello scrivente: concorrendo con pubblico strumento, chi avrà la precedenza nel tempo, l'abbia anche nel diritto (1). Quindi contro scritta pubblica non valevano testimonianze, salvo il caso di impugnazione per falsità o di smarrimento (2). Nel primo caso si procedeva sommariamente *ad inquisitionem veritatis via iuris*, con pene al giudice che indugiava, e multe a chi aveva eccepito iniquamente (3).

19. A tale prova la dottrina italiana diede quelle regole che non esistevano nel diritto romano, il quale non aveva fatto alcuna differenza fra documento pubblico e privato, anche perchè a Roma non si attribuì ai tabellioni un carattere ufficiale in virtù del quale ai loro atti fosse conferita la efficacia di prova legale: una forza probante potevano avere solo in ragione della natura della cosa a cui si riferivano. Ai glossatori e ai loro successori spetta il merito d'aver creato l'odierna teoria legale dei documenti, riuscendo a costruire le regole col solito metodo scolastico-casistico, sopra gli scarsi materiali delle fonti giustinianee. Distinsero gli *instrumenta publica* dai *privata* (4): quelli *habent publicam auctoritatem*: ad essi *de iure vel speciali consuetudine creditur* (5). Sono pubblici, dice Tancredo, i notarili, quelli che hanno autentico sigillo, che sono esemplati e autenticati da giudice, quelli scritti in giudizio *apud acta publica*, da chiunque siano scritti, quelli sottoscritti in giudizio da tre testi viventi, quelli ricavati da pubblico archivio. I riassunti o indici non fanno fede. Il criterio della pubblica autorità poggiavasi anche sulle disposizioni canoniche, per le quali erano atti pubblici quelli emessi da organi istituiti canonicamente nell'esercizio delle loro funzioni (6), atti che

(1) Nuovi decreti di Piemonte, ed. SOLA, pag. 448.

(2) Così a Venezia; BESTA, *Statuti veneti anteriori al* 1242, pag. 35; Carta de logu, 25; Consuet. di Sorrento, ed. VOLPICELLA, c. 34; Stat. di Spalato, 1214, III, 12; Pallanza, III, 31; Editto piemont. di Filippo, 1497, in Decreta vetera, II, pag. 30. Così anche a Venezia, vol. I, c. 23.

(3) *Stat. veneti* cit., pag. 31, 205, 211; Stat. di Padova, ed. GLORIA, pag. 5; Roma, ed. RE, II, 40; 1449 e 1523, I, 71: obbligo al notaio di produrre i protocolli e le abbreviature se il doc. è sospettato.

(4) TANCREDUS, III, 13; PILLIUS, III, 7; DURANTIS, II, 2, de instr. editione.

(5) C. 2, X, de fide instr., II, 22; DURANTIS, id., § 7.

(6) C. 7, 11, X, de probat., II, 19; c. 2, 15, 16, X, II, 22; c. 2, de offic. ordin., in VI, I, 16.

Digitized by Google

dovevano rivestire determinate forme esterne in modo da non occorrere prove per la loro autenticità (1). Parimenti dal diritto canonico furono tratte le norme sui documenti legalizzati *per manum publicam ita quod appareant publica* (c. 2, X, II, 22).

I formulari notarili indicano i requisiti propri di ciascun atto, la presenza dei testi, il sigillo (*vox mortua*) del notaio, la *rogatio* delle parti, ecc. Quando tutte le formalità erano osservate, allora *instrumentum est probatio probata* (2), i testi che sottoscrivevano erano *vox viva*: tutto ciò giustificavasi per una serie di presunzioni, la qualità di notaio, la sua *publica electio*, il suo giuramento, *ita ut nemo quantumque idoneus ei equiparetur* (3): così l'istrumento pubblico aveva forza giuridica fino a prova contraria; e a meno non si riferisse a cosa impossibile, era dichiarato equivalente a confessione, e *confessionatum* fu infatti un suo nome; e data la grande autorità onde era circondato il notaio nelle città italiane, la *confessio partium coram notario* era eguale a quella fatta davanti al giudice. Da tale premessa si arrivò a dare agli *instrum. confessionata* o *guarentigiata* l'efficacia propria delle sentenze, cioè la *parata executio* (vedi c. XIV). Sulla fede da darsi agli istrumenti, Tancredo diceva: *tanta quanta duobus vel pluribus testibus: unde si una pars inducit pro se pub. instr., altera testes, si dicunt diversa non adversa, utrique probationi stabitur et secundum utramque iudicandum erit* (III, 13, § 6). Ma se testificavano contro lo scritto, Pillio preferiva la voce viva alla morta, qualora la voce viva fosse quella dei testi sottoscritti nell'istrumento: se erano diversi, all'atto scritto doveva starsi: e così Azone.

Per tale importanza assegnata agli istrumenti pubblici si spiegano le disposizioni legislative sull'*actio ad exibendum* e le sanzioni contro chi detiene titolo che ad altri interessa, e si rifiuta comunicarlo. La mancanza di pubblici archivi imponeva misure perchè non fossero sottratte le prove utili alla verità da stabilirsi in giudizio (4); e così antichi statuti di Milano, Brescia, Bergamo autorizzavano i giudici a perquisire le case ed arrestare chi non consegnava le scritture (5).

---

(1) C. 2, X, de instr., II, 22.

(2) BALDUS, in l. 3, Cod. de iudic., III, 1; DURANTIS, II, de instrum. ROLANDINUS, *Ars notaria*, e altra in *Bibl. iurid. m. aevi*, vol. II.

(3) MASCARDUS, *De probation.*, c. 1098.

(4) DURANTIS, II, 2, de instr. edit., § 6.

(5) Stat. di Milano, 1396, III, 95; Brescia, 1426, f. 110; BERTALDUS,

Digitized by Google

Va intanto notato che nemmeno al pubblico istrumento assegnavasi forza probatoria lunga nel tempo, chè anzi era limitata a 20, a 10 e perfino 5 anni a Venezia (1). A Napoli non aveva più virtù esecutiva dopo 30 anni *a die natae actionis*, e dopo *non fit interrogatio*, ma si procedeva per via ordinaria (2). Nè a tutti gli strumenti notarili davasi la stessa fede: per un Rito napol. (188) quelli rogati da notaio non regio non facevan fede. Pramm. del 1412, 1532, 1571, 1585 davan norme sui requisiti delle carte pubbliche per far fede (3); e analoghe norme hanno le Consuet. di Sicilia e le leggi di Sardegna (4).

20. Alla scrittura privata accordavasi valore di prova, inferiore però all'atto pubblico: efficacia le veniva quando l'attore la riconosceva, o provavasi che egli l'aveva scritta: e più ancora se era sottoscritta da tre testi, nel qual caso alcuni l'eguagliavano all'atto pubblico (5). Scritture private erano le lettere (*confessiones extraiudiciales*), le apoche o *apodixae* bancali, i *libri rationum* dei mercanti, i registri parrochiali, ecc. Nel diritto comunale anche per scrittura privata potevansi fare le comprevendite di immobili, le donazioni, i testamenti (6). La *carta* in Sardegna fu riguardata come la miglior prova, tanto che nello Stat. di Sassari, 1316 (II, 35) era scritto: *neuno pothat dimandare deppitu sensa carta passatu duos annos*. A Venezia le scritture private per crediti facevan fede per 5 anni: dopo si intendevano prescritte: tale limite fu abolito nel 1567, ma non si giunse a permettere che valessero senza limite di tempo, e anche quando dopo i 5 anni presentavansi in giudizio, richiedevasi che il titolo fosse appoggiato dalla testimonianza di due persone (7). Un limite è consacrato nelle leggi

---

Splendor consuet. venet., pag. 19. L'*actio ad exibendum* figura nel Motu proprio pontif. 1817, nel Cod. estense e parmense.

(1) Volumen legum venet. Fu abolito da Andrea Dandolo, VI, 8, 9. Così ancora in altre città del Veneto.

(2) Const. r. Siciliae, II, 27.

(3) Pragm. de fide instrum.: de instrum. liquidat.

(4) Cons. di Palermo, 67; Messina, 26; Carta de logu, c. 10, 11, 74.

(5) Così BALDO, CINO, alla l. 11, Cod. VIII, 18 e anche MASCARDUS, c. 285. Controversie presso LANFRANCUS DE ORIANO, rubr. *De instrum. product.*, n. 73, e presso GENUA, *De scriptura privata*, Ven. 1615.

(6) Stat. di Como, 1202, pag. 86; Ferrara, 1624, II, 21; Brescello, 1697, II, 28; Milano, 1588, I, foglio 21; Fiume, 1530, II, 14.

(7) Correz. Grimani in Volumen stat., 1606, pag. 181.

Digitized by Google

dei territori di terraferma [1] e di Ravenna (1590, II, 58): così che dopo il tempo stabilito dalla legge e in modo indipendente dalla prescrizione, le carte dovevansi rinnovare.

20. La scrittura privata *non habet per se auctoritatem nisi auctor id confitetur vel nisi per collationem et comparationem alterius scripturae subscriptoris eiusdemque adversarii et per tertium probetur contrarium* [2]. I nostri giuristi formularono le regole sulla *recognitio*, sul valore dell'*epistola*, delle *literae mercatorum*, delle *apodissae*, dei *libri rationum*, e quando questi titoli provino *pro scribente* e *contra scribentem*.

§ 5. *La confessione.*

21. Le leggi non hanno disposizioni particolari sopra questa prova rimettendosene alla dottrina, la quale ne trattò nella maniera più ampia e con risultati più completi in confronto del diritto romano. È tutta una elaborazione teorica che cominciò nelle scuole del sec. XIII, sì da parte dei civilisti che dei canonisti, con quelle stesse controversie sulla natura della confessione, le quali ancora non sono sopite. La confessione va annoverata fra le prove? Fu pacifico l'assioma accolto dalla giurisprudenza del secolo XVII: *confessio superat omne genus probationum etiam per instrumenta et per testes?* Desumendolo dal fatto che le Decretali e il Sesto ne avevano fatto un titolo a parte ponendo la confessione prima del capo sulle prove, molti commentatori avevano detto: *confessio proprie loquendo non est probatio sed potius relevatio*. Ma intanto, mentre il c. 24, X, V, 40 distingueva fra prova e confessione, il c. 4, X, II, 1 assimilava prova e confessione, dando quindi argomento ad altri che la chiamarono *optima regina probationum*. La dottrina italiana si consolidò in questo senso: *Si probatio est ostensio veritatis et hanc una pars obtinet ex confessione, in hoc casu confessio est vera probatio*: ma dopo non pochi tentennamenti dovuti alla stessa incertezza delle fonti canoniche e più ancora agli equivoci derivati dalle erronee interpretazioni della procedura romana sulla *confessio in iure* e su quella *in iudicio*. Secondo Pillio (I, 11) era *in iure* quella mani-

---

(1) Stat. di Ceneda, 1339, II, 40, ed. 1772; Capodistria (Stat. Iustinopoli, 1668), 62; Parenzo, II, 62.

(2) DURANTIS, II, 2, de instr. ed., § 7.

Digitized by Google

festata *in loco iudiciali ubi redditur ius*: e ne istituiva una contropposizione fra questa davanti al giudice che era poi *in iudicio*, cioè tra la confessione giudiziale e la extragiudiziale. La prima otteneva la più completa efficacia, era *liquidissima, fortior*; e in conseguenza il processo doveva essere composto in modo da raggiungere la confessione di una delle parti davanti al giudice. A questo scopo tendevano gli interrogatori *ante lit. cont.* e le posizioni *post lit. cont.*; cioè il giudice interrogava per avere la confessione, il ponente poneva per avere la risposta. La confessione si intendeva fosse espressa nelle risposte alle interrogazioni del giudice o nelle *positiones*. Il ponente confessa poichè ha prestato il *iur. de veritate dicenda* (Damasus, tit. 31; Pillius, I, § 11). Si voleva da alcuni (Bonaguida, IV, 3) che anche la contumacia equivalesse a confessione; ma Tancredo (III, tit. 5, § 6) rispondeva che il contumace *nec fatetur neque negat*, e che la condanna gli veniva *non tamquam confessus sed tamquam contumax ad arbitrium iudicis*, e che l'uso contrario era antigiuridico. Tale opinione finì per trionfare, non però nelle materie criminali in cui la fuga e la contumacia equivalevano a confessione, e così prescriveva lo Stat. di Padova (1236, n. 508) anche per le civili nella mancata risposta da darsi entro un termine.

I glossatori e i proceduristi italiani [1] considerarono la confessione nei vari momenti del processo, sia prima della *lit. cont.* come quasi contratto, sia dopo come prova. Mentre la romana *confessio in iure* disponeva sopra rapporti di diritto privato, era quella giudiziaria dei glossatori ordinata all'intento della processuale verità dei fatti, cioè non col proposito che il confitente riconoscesse una sua obbligazione, ma con quello che riconoscesse questo o quello per vero. Anche la confessione penale apparve come un patto dell'imputato coll'accusatore, o di lui col giudice sopra la verità, al punto che, ottenuta la confessione, non fosse luogo ad altre prove: ed era su tale principio che traevasi la con-

---

[1] Le teoriche dei glossatori e dei proceduristi trovansi nella Glossa, in l. 1, § 1, Dig. de interrog. in iure, XI, 1; l. 25, § 4, Dig. de probat., XX, 3; l. 7, Cod. de iuris et facti ignorantia, I, 18; l. 13, Cod. de non numerata pec., IV, 30; l. un. Cod. de confessis, VII, 59; Azo, *Summa Codicis*, lib. IV, de non num. pec., pag. 367; lib. VII, de confessis, pag. 772; Tancredus, III, 5; Durantis, II, 2, de confessionibus; Hostiensis, *Summa in Decretalia*, lib. II, tit. 18; Lanfrancus de Oriano, *Practica*, rubr. *de confess.*: De Gandino, *De malefic.*, ed. Kantorowicz, II, 1926, pag. 74.

Digitized by Google

seguenza essere la confessione non tanto prova quanto *levamen probationis* (1), anche se la parte risponde oscuramente, anche se tace (2).

Oggetto della confessione poteva essere un fatto o un rapporto giuridico di qualsiasi natura: solo nelle cause matrimoniali essa, pel diritto canonico, non aveva forza probatoria pel timore di collusione (3). Per la forma doveva essere prestata davanti al tribunale, a giudice competente (4), in presenza dell'avversario (5), dalla parte stessa o da un suo rappresentante (6). Gli effetti erano quelli prescritti dal diritto romano: *confessus pro iudicato habetur*: però non mancavano limitazioni. Scriveva Azone: *illa verba confessus ecc. plena sunt mysteriis et subiacent insidiis et multiplices admittuntur distincitones*. La confessione non risolveva la controversia, che doveva chiudersi con sentenza, specialmente se fatta dopo la *lit. cont.*; ma se fatta prima e nel processo sommario, doveva alla *confessio* seguire solo un *praeceptum* e l'esecuzione. Perciò il giudizio faceva ugualmente il suo corso, e soltanto il giudice sentenziando doveva fondarsi su quella prova piena e decisiva non solo nelle cause civili ma anche nelle criminali (7).

22. Sulla confessione stragiudiziale le dispute cominciarono nella scuola bolognese, e Azone riferisce un'opinione di Jacobo (da Porta Ravegnana): *confessio suae fit extra iudicium*: *Iaco* (*bus*) *dicit alicui praeiudicare nisi probaret contrarium sed id non puto*

---

(1) PILLIUS, II, § 11: *et habetur pro condemnato ut actor exoneretur a probatione.*

(2) Però Tancredo e così anche la Glossa ad c. 2, X, II, 9, non ammettono che il silenzio equivalga a confessione; *tacens non habebatur pro confesso nec pro negante... sed hodie haberi debet pro confesso ipso iure*, cioè non *per sententiam.*

(3) C. 10, X, de eo qui cognovit, IV, 14; c. 7, X, de sent. et de re iudic. II, 27; cfr. AZO, *Summa Cod.*, lib. VII, de confessis, n. 8, pag. 772; DURANTIS, II, 2, de confess., § 2, n. 5 e 6.

(4) TANCREDUS, III, 4, § 2: non *coram arbitrio* o *coram notario.*

(5) HUGOLINUS, 340, *Dissens. dominorum*, pag. 483; DURANTIS, l. c., n. 3.

(6) AZO, l. c.; TANCREDUS, I, 24; ODOFREDUS, *Lectura* in Cod. VII, de confessis, f. 464.

(7) C. 10, X, de transact., I, 36; c. 6, X, de renunc., I, 9; e per le criminali, c. 2, X, I, 9; c. 4, X, de iudiciis, II, 1; c. 7, X, de poenis, V, 37; c. 10, X, de cohab. cler., III, 2; c. 6, X, de concess. prael., V, 31; AZO, n. 13, pag. 773: *in criminali causa certum est confessum esse damnandum secundum omnes. In civili puto distinguendum* ecc.

Digitized by Google

verum (1): e prevalse la tesi di Azone che fu anche quella di Durante (l. cit., § 3, n. 5-18), cosicchè la stragiudiziale ebbe sì valore di prova ma con grandi limitazioni: valse piuttosto come presunzione, o prova semipiena, per cui l'onere della prova cadeva sull'avversario (2). Nelle criminali poi non nuoceva, salvo che il crimine fosse notorio e dalla confessione fosse nato scandalo o infamia (Durante).

La giurisprudenza posteriore moltiplicò la casistica: la stragiudiziale, dicevasi, espressa nell'assenza della parte, prova in modo semipieno: presente la parte fa piena prova: se fatta davanti a due testi non nuoce al confitente: se fatta *pro exoneratione conscientiae* ha valore di piena prova, e tale invece non ha quella manifestata in un ricorso al sovrano: e tacciamo delle questioni sulle confessioni contenute in atti di ultima volontà, dell'errore, ecc. (3).

23. Nel diritto penale la confessione aveva grande importanza e si può dire che il processo penale era ordinato al fine di ottenere la confessione dell'imputato: da ciò l'uso della tortura. Ma intanto questa non applicavasi che esistendo indizi: quindi la confessione anche estorta non doveva portare a condanna, se non accompagnata da indizi, da presunzioni (4). Anche se strappata colla tortura doveva essere verificata *in circumstantiis substantialibus*, dovendo il giudice riflettere *si reus fassus est dolore tormentorum* (5). In tutti i casi però la confessione doveva rispondere a certi requisiti soggettivi ed oggettivi che sono così formulati negli *ordines iudiciarii: Maior, sponte, sciens, contra se, ubi ius sit et hostis — Certum, bis que favor, ius nec natura repugnet* (6):

---

(1) *Summa*, in IV lib. Cod. de probat., n. 20, pag. 318. Iacobo si fondava sopra una falsa Autentica al tit. de confessis.

(2) ANGELUS DE MARSILIIS, *De maleficiis*, Ven., 1598, pag. 77, 199.

(3) Oltre le op. di Mascardo, Menochio e le conclusioni del Card. Toschi, vedi HECT. DE GUIDO, *De viribus confessionis iudicialis quam extraiudic.*, Napoli, 1637.

(4) Stat. di Firenze, 1415, II, 4.

(5) ALBERTUS DE GANDINO, *Tractat. de quaestionibus et tormentis*, n. 24-30 (Ven., 1598, pag. 308); BONIFACIUS DE VITALINIS, rubr. de quaestion., id., pag. 417. Pragm. sicil. 6, 7, tit. II, an. 1531, 1576 de off. iud., vol. I, pag. 12.

(6) HYPPOL. DE MARSILIIS, *Practica, tit. de quaestion.*, 48, 18 (Lione, 1537, foglio 134); MARANTA, p. VI, de confess., n. 21. I trattati sulla tortura sono veri manuali ove la graduazione dei tormenti è posta in relazione al contenuto delle confessioni.

Digitized by Google

cioè la confessione è valida secondo l'età, la spontaneità, il danno che ne deriva; poi il fatto deve essere certo, punibile; e la casistica non trascurò di elencare gli elementi che dovevano accompagnare la confessione. In conclusione vigeva la massima: *confessionibus reorum pro exploratis criminibus stari non oportet* (1). La sola confessione dell'imputato non basta a condannare, ameno che egli non sia assassino di mala fama (2) e se il giudice non è certo del corpo del delitto e non ha testi, deve assolvere, *alias damnaret corpus et animam suam* (3): quindi la confessione deve essere, anche quella ottenuta nei tormenti, nitida, chiara, lucida, invulnerabile, verosimile, probabile, possibile, specifica, ecc., e senza indizi non pregiudica, sebbene ratificata: lo stesso dicasi di quella ottenuta sotto speranza di impunità. Quella strappata nella tortura deve essere ratificata il giorno dopo, colla firma dell'imputato o il segno della croce se analfabeta: se si rifiuta e nega ancora, nasce da ciò nuovo indizio contro di lui e può di nuovo essere sottoposto a tortura: e se confessa e poi non ratifica, può una terza volta essere torturato ma non oltre (4): più che la confessione, importava dunque la ratifica. Tali norme trovansi osservate in Sicilia nel 1787 (5).

§ 6. *Il giuramento.*

24. La pratica italiana diede molta importanza al giuramento, il quale assunse diverse figure con altrettante denominazioni ignote al diritto romano. Ciò fu opera del diritto canonico e dei canonisti che non solo ne ampliarono l'applicazione ma innovarono in punti di notevole importanza: innovazioni proseguite dai nostri civilisti che si trovarono di fronte a una eredità in contrasto colla pratica del loro tempo, la quale elevava il giuramento a principale mezzo di prova, mentre il diritto romano lo considerava come surrogato di prova. Da ciò le controversie sulla natura

(1) PILLIUS, II, § 11; Stat. di Brescia, 1313, III, 159; 1429, foglio 157; Const. usus Pisan., 17. Diversamente la Promission del maleficio veneto, an. 1232, c. 21, in *Volumen*, pag. 135.

(2) BOSSIUS, *Tract. de delictis*; SABELLI, *Practica giudiz.*, § confessione.

(3) Così GUAZZINIUS, *Ad defensam inquisit.*, Ven., 1639, def. 4, cap. 4, pag. 179.

(4) Tali regole sono esposte in FARINACCIUS, qu. 81; DE ANGELIS, *Tract. de confession.*, 1679, lib. I, qu. 3; MAIORANA, *Opopraxis*, lib. II, c. 1.

(5) CANDINI, *Codex iuris siculi*, Pal., 1798, I, pag. 452.

Digitized by Google

del giuramento, se *vera et iusta probatio* o solo *species probationis* o preambolo alla prova. Il diritto romano per la decisione delle controversie civili ammetteva un *iur. necessarium* e *iudiciale*, e senza coazione giudiziaria anche un *iur. voluntarium* quale manifestazione della libera volontà e nel senso di compromesso: il medio evo vi aveva aggiunto un *iur. purgationis, credulitatis, malitiae, suppletorium, in litem ex officio* e in seguito *affectionis, perhorrescentiae, ignorantiae*. Non parliamo del *iur. cal.* nè di quello *de veritate dicenda*, preferito nelle cause spirituali (1), perchè non erano mezzi di prova, giurando le parti di credere, cioè l'attore *credit se bonam causam habere*: il convenuto *se bona instantia uti, nec calumniae causa ad infitiationem venire*: il ponente *credit verum quod ponitur*: l'interrogato *non negabit quod scit vel credit esse verum* (2). Si rispondeva: *scio vel nescio, est vel non est* (3); giuramenti *de scientia*, come diceva Durante (4). Quello *de cal.* era proprio del diritto romano e del germanico, quello *de verit.* la pratica italiana l'aveva copiato dal canonico e l'esigeva in alcuni casi, per es. dall'attore quando il convenuto presentava carte che quegli affermava false: giuri, si diceva, che la sua domanda è vera *et exquirit verissimam et iustam rationem* (5). Tal giurare *rem ita fore* si era introdotto *magis moribus contra legem quam lege*; e tale era al principio del sec. XII *usus et sententia comunis*, dai puri seguaci della legge però riprovato (6), ma accolto nei tribunali, e Accursio lo trovò e constatò questa *generalis consuetudo inducta quaerendi: credis hoc vel non? cum per eam tollatur onus probandi ei pro quo est inductum hoc sacramentum*; giuramento volontario *quod obtinet locum probationis*, perchè si giurava *de veritate, vera esse de quibus non dubitat* (7).

Questo giuramento cadeva sulle posizioni che il diritto cano-

(1) INNOCENTIUS IV, in *Decretalia*, c. 2, de iuram. cal.

(2) DURANTIS, II, de posit., § 3, n. 2; TANCREDUS, III, 3, § 5; GRATIA, II, 3, § 7; BONAGUIDA, IV, 1.

(3) BONAGUIDA, IV, 3; HOSTIENSIS, *Summa decret.*, de iureiur., Lugd., 1566, f. 117.

(4) II, de iur. cal., § 1, n. 14; II, de posit., § 5, n. 13.

(5) Liber papiensis ad Roth., 9, 365; ad Liut., 61, 61; ad Ludov. Pii, 25; ad Henric. I, 2, 3: *appellator iuret quod se sciente eum de torto non appellavit.*

(6) ARIPRANDUS et ALBERTUS, *Comm. ad Lomb.*, ed. ANSCHUTZ, pag. 178.

(7) Glossa ad l. 1, Dig. de iureiur., XII, 2; ad l. 12, Cod. de rebus cred., IV, 1.

Digitized by Google

nico voleva da esso accompagnate o sugli atti processuali eseguiti dalle parti; e il giudice poteva pretenderlo in ogni momento della lite: *hodie*, dice Azone, *in principio vel in medio vel incontinenti ante sententiam*, mentre gli *antiqui* lo richiedevano anche *propter definitivam sententiam quasi aliis deficientibus probationibus* (1); e allora assumeva piuttosto carattere di *iur. litis decisorium* o *iudiciale*. La parte a cui il giudice deferiva di giurare *hoc est — non est: confiteor, nego*, intendevasi che giurasse: *scio quod est*, perchè, giusta le parole di Baldo: *vehemens credulitas appellatur quaedam scientia* (2), e così anche il *confiteor*. Il punto qui importante a notarsi è il diritto del giudice di deferirlo *inopia probationum emergente* o al convenuto o all'attore, se non si hanno piene prove (3): così anche disponeva il diritto romano; ma la dottrina romano-canonica vi lavorò sopra apportandovi novità notevoli. Il diritto romano diceva: se l'attore non prova cade dall'azione. La dottrina processualistica italiana corresse così: il giudice, qualora presuma nell'attore un fondamento di ragione, integri questo deferendogli il giuramento, purchè sia persona non sospetta e la causa sia modica (4). Azone ha bene precisata l'innovazione: se l'attore niente prova, il reo sia da assolversi senza giuramento, salvo i casi in cui per legge sia richiesto *sacramentum ad purgationem*: se invece l'attore prova *semiplene*, con scrittura domestica o per unico teste o per la fuga del convenuto, *defertur sacramentum actori, maxime si res petita sit modica et actor est honestus*. Un teste induce presunzione, due fanno piena prova, uno semipiena. *Nec obstat quod legitur* nel Dig., ecc. Se l'attore non conosce la verità, se la somma non è modica, se egli è persona sospetta, a lui spetterà prestare il giuramento; se l'attore non è sospetto, e se anche il convenuto è onesto come l'attore, e la somma è modica, giurerà il convenuto (5).

25. Così nacque il *iur. suppletorium, in supplementum probationis*, detto anche necessario o giudiziale, perchè imposto dal giudice a chi aveva prova semipiena, e che non lo poteva riferire

(1) Azo, *Summa*, in IV lib., Cod. de rebus creditis, n. 18, Ven., 1584, pag. 273.

(2) *Lecturae*, in Dig. ad rub. de iureiur., XII, 2.

(3) Otto Papiensis, *De ordine iudic.*, c. 17; Damasus, tit. 56.

(4) Pillius, III, 6.

(5) *Summa*, in IV lib. Cod. de rebus creditis et de iureiurando, n. 10, pag. 172; Durantis, II, de iureiur. delat.

Digitized by Google

nè rifiutarlo senza perdere la causa. Il suo effetto era in certo senso sospensivo, e infatti *non facit instantiam*, dicevasi, per il caso che in seguito fossero scoperti e presentati nuovi documenti. Se ambo le parti avevano provato *semiplene per testes singulares*, disputavasi a chi competesse giurare: controversia che Durante risolse lasciando all'arbitrio del giudice deferirlo a colui *qui melius probat*; e M. di Afflitto riporta decisioni delle Curie napolet. (*decis.* 36), secondo le quali la preferenza deve darsi a chi non è sospetto di spergiuro; e poi la giurisprudenza disse non essere idonei a prestarlo gli scomunicati, gli ebrei, gli usurai. Poi si volle che fosse prestato solo in cause modiche, quindi non in civili ardue o famose, *quae sapiunt naturam criminalium*, mai nelle matrimoniali o in quelle ove esiste *presumptio iuris* elidente prova semipiena, ma quando la prova sia raggiunta per mezzo di congetture o concorrano indizi con un teste o la legge richieda un certo numero di testi: e lungo è l'elenco delle *fallentiae* inventate dai pratici e dai consiliarii per le occasioni (1).

Nella legislazione statutaria il suppletorio ebbe notevole importanza. A Venezia nel 1242 fu introdotto come *discreta novità*, disponendosi, per provvedere *alla purità de li huomini*, che quando l'attore non poteva provare per carta o per testi e il giudice riteneva probabile la domanda di lui, si deferisse il giuramento all'attore o al convenuto, *guardata la bontade et la honestade de le persone* (2). Sempre a Venezia il giudice aveva diritto in causa probabile deferire il giuramento alla parte più onesta o a quella avente principio di prova scritta o un teste (1242, prologo, id., pag. 4; I, 44): e quando si domandava *clariores investiciones* in base a documenti, il giudice se aveva sospetti sulla loro bontà, doveva fare integrare la presentazione con giuramento dell'attore che *secundum suam conscientiam* li sapeva perfetti (3). In Sardegna secondo la *Carta de logu* (69) si ricorreva al giuramento per supplire alle altre prove non pienamente persuasive. A Fiume (II, 21) in difetto

(1) Su questo argomento v. BARTOLUS e BALDUS, in l. 31 admonendi, Dig., XII, 2; l. 3, Cod. IV, 1. Pei canonisti FELINUS, c. 47, X, de testibus, II, 20; MARANTA, VI, defertur sacram.

(2) Volumen Stat. Venet., 1608, I, 44; Modena, III, 18; Frignano, III, 17; Rimini, III, 12; Bergamo, III, coll. 3; Consuet. di Sorrento, 67; Palermo, 59.

(3) BESTA, *Statuti civili di Ven. anteriori al* 1242, pag. 34, 61.

Digitized by Google

di prove da parte dell'attore creditore, il giudice (II, 21) « conceda al reo il giuramento di dire la verità sul debito ». Se la causa è da 3 a 25 lire, l'attore sia tenuto a provare mediante un teste e il suo giuramento: se oltre con 2: e se oltre 200, occorre atto pubblico o scrittura privata e almeno 3 testi. Ancora in Sicilia era normale *inopia probationum*, dicono le Cons. di Palermo (54), far giurare il debitore *qui non sit famae suspectae*. Lo stesso giuram. è scritto nelle Cons. di Catania (38) e di Siracusa (c. 1) a proposito *de damno dato in rebus exteris*: e poi nelle cause tra padroni e coloni, negli affitti di case, botteghe o terre (1). *Inopia probationum, integra fama, summa modica*, ecco i requisiti per ammettere il *iur. suppletorium*. A Napoli si richiede che almeno vi sia un teste *non omni exceptione maior*, che il giurante *sciat verisimiliter veritatem per sensum corporeum, sit persona honesta, causa non sit magna* (la grandezza è desunta dalla condizione delle persone), non si tratti di causa criminale, che la prova semipiena non sia elisa da prove contrarie (2). E gli statuti antichi e quelli riformati sono tutti nello stesso senso: l'attore con un teste e presunzioni in suo favore possa giurare il suo diritto (3). Secondo le Cons. di Milano (c. 3): *defertur sacr. ubi instrumenta deficiunt*: e così fa il livellario *ubi contrarium non probatur* (c. 12): e secondo gli stat. del 1498 il giuramento dell'attore sull'interesse dovuto, se minimo, *habeatur pro plena probatione* (c. 43), giuramento *quod tamen possit moderari per iudicem si sibi videbitur* (id., § 1). Le usanze di Como nella prova semipiena dell'attore ammettono di completarla giurando: ma le riforme del 1340 limitarono ciò alle cause vili (4), e così nelle leggi della Marca d'Ancona (5). Nelle

(1) Cons. di Girgenti, 15; Castrogiovanni, 5; Sciacca, 3. A Catania il giuramento del padrone di casa vinceva contro l'inquilino al quale *domus locata non possit auferri praeterquam si domino ea fuerit necessaria pro habitatione sua*, o vendere o dare in dote *nisi conductio sit facta a quinquennio ultra* (tit. 29).

(2) MARANTA, VI, testium productio, n. 14; VI, defertur aliquando iur., 1-20.

(3) Stat. Com. Pistorii, 1286, III, 2; IV, 8.; Breve pist., 1284, I, 69, 113; II, 118, 197.

(4) LATTES, *Diritto consuet.*, pag. 106.

(5) Così le Costit. egidiane, V, 2; nelle cause inferiori a 100 sol. il giudice decida *per iuram. a se deferendum actori a quo habeat saltem semiplenam probationem vel reo si sibi videbitur*; e se una parte deferisce all'altra il giuramento, *sit verum vel non, debeantur vel non*, giuri o riferisca il giur. *Et ille cui refertur non possit recusare*, altrimenti perda la causa.

Digitized by Google

cause dei mercanti a conferma dei libri e dei titoli esecutivi il giudice deferiva il giuramento (1).

In Piemonte il giudice imponeva di giurare al convenuto quando non lo poteva condannare *per mancanza di prova piena e compiuta*, e in quelle di minimo valore, dopo breve ammonizione che *ogni cristiano deve dire la verità*, con minaccia di pagare al fisco il doppio della somma litigiosa: che se in seguito emergevano prove decisive, il processo civile e criminale si riapriva (2).

Tale abuso si fece del suppletorio che Donello lo chiamò *magna fenestra aperta malis ac imperitis iudicibus pro libitu pro hoc aut pro illo pronunciandi* (3), e al sec. XVIII o andò fuori di uso, come a Napoli (4), o fu limitato come nelle Costit. estensi del 1773 (I, 22) nelle cause inferiori a L. 500, a condizione che il giurante abbia scienza del fatto, e il reo non avesse dato prova semipiena della sua eccezione contraria alla prova semipiena dell'attore. Anche il Regol. pontif. del 1835 vietava deferirlo sulla domanda dell'attore o sull'eccezione del convenuto, se non a condizione che l'una e l'altra non fossero pienamente provate e che non mancassero totalmente di prova (§ 766).

26. Il *iur. purgationis* ebbe il favore del procedimento canonico (X, v, 34) e della legislazione municipale. L'imputato di delitto poteva difendersi con esso, qualora non vi fossero testi contro (5): perchè, come disponeva il diritto veneto, il giuramento vale non contro testi, ma vale contro due persone che si presume sappiano, ma non possono essere chiamate come testi (6). Quindi bene dicevano i dottori: il *se expurgare* libera dal sospetto (7), non solo nelle cause criminali ma anche nelle civili ardue, dove il suppletorio era inamissibile: e la lite era finita. Azone riferisce che usavano gli *antiqui iudices facere iurare propter definitivam*

---

(1) Breve merc. di Pisa, 1305, c. 7; 1321, c. 9; Stat. civ. di Milano, 1396; LATTES, *Dir. commerc. nella legislaz. stat.*, 283, 294.

(2) Nuovi decreti: Emanuele Filiberto, 1561; SOLA, pag. 459.

(3) *Comm.*, lib. XXIV, c. 19; EINECCIO scrisse una dissert. *de lubricitate iuram. suppletorii.*

(4) Così ALOI alle aggiunte alla *Praxis civ.* di DE ROSA, II, pag. 84.

(5) Stat. di Parma, 1255, pag. 277; Carta de logu, 61.

(6) Vol. legum venetor., lib. I, c. 48, pag. 23. Anche a Fiume, II, 43, il sospettato di furto si liberava giurando.

(7) DURANTIS, III, de abolitione et purgatione; LANFRANCUS DE ORIANO, *Praxis*, de testium deposit.

Digitized by Google

sententiam quasi aliis deficientibus probationibus; invece *hodie in principio vel in medio vel in continenti ante sententiam* (1), col carattere di *iur. litis decisorium*, o come riteneva la Glossa (ad l. 12, Cod. IV, 1) di giuramento volontario, *quod obtinet locum probationis*. Questo *iur. purg.* a Milano non era più in uso al tempo di Claro (§ fin., qu. 6) nelle criminali. Maranta non lo nomina per Napoli: ma in un cap. di re Roberto del 1326 è detto: *ubicumque propter defectum probationis condemnatio intervenire non potest, arguitur tamen de corruptela delatus, probatis indiciis contra eum* (il pubblico ufficiale) *vel sacramento partis praestito, se per iurisiurandi religionem purgare debebit*. Però non doveva essere scomparso al sec. XVII se ancora è ricordato nei trattati sulle prove (2). In Toscana fu abolito nel 1679: in Lombardia colle leggi procedurali di Giuseppe II (3): negli stati pontificii da Benedetto XIII nel Concilio romano del 1725 (tit. 13).

27. *Relevatio ab onere probandi* erano il *iur. a parte parti delatum* e quello *a iudice parti impositum*, detto *iur. iudiciale*, necessario dai glossatori e solo più tardi *litis decisorium*. Il primo richiedeva l'*adprobatio iudicis* che ne garantiva la veridicità (4): finiva la causa ed era di maggiore autorità che la cosa giudicata. Lo si diceva giuramento di verità, e chi non la conosce chiedeva dilazione o poteva riferirlo, dovendo giurare *sic esse vel non esse* (5). Poteva ricusarlo colui al quale era deferito *si praetendat iustam causam recusationis* (6): Pillio (III, 6) scrive: *reus cui defertur debet vel solvere vel iurare vel referre:... sed hodie recusari permittitur*, e Durante così insegna a colui cui è deferito: *Frater, non cogor iurare nisi aliquid sit probatum vel praesumptum quod non est sic* (7). È il giuramento più spesso menzionato nelle leggi, con valore identico a quello romano. Non era ammesso contro strumento notarile, contro testi se non previa ripulsa di falsità, nè in materie matrimoniali: e ancora colui al quale era deferito,

(1) *Summa* in IV lib. Cod., pag. 172.

(2) MASCARDUS, *De probat.*, c. 956; PACIANUS, id., I, c. 51 e 71.

(3) Per la Toscana: CANTINI, XIX, 109; PERTILE, § 227, n. 30, 31.

(4) PILLIUS, III, 6; CYNUS, in l. 12, Cod. de iureiur., IV, 1; BALDUS, id. id.

(5) AZO, *Summa* in V libr. Cod., pag. 546; SALYCETUS, in l. 1, Cod. de depos., IV, 34.

(6) II, 2, de probat., § 1, n. 4.

(7) DURANTIS, l. cit.; BARTOLUS, in l. 31, admonendi, Dig. de rebus cred. et iureiur., XII, 2, vol. II, pag. 32.

Digitized by Google

poteva rifiutarlo dichiarando essere in grado di provare altrimenti il nessun fondamento della domanda dell'attore (Piacenza, III, 12): e a Sassari (1316, II, 32): « si alcuna persona suspecta aet aver daue alcuna carta de deppitu... pothat su reu dare sacramentu ad su dimandatore ».

Il giuramento deferito di uffizio era usato anche in casi di crimini, con senso diverso da quello *de ver. dic.*: ciò risulta, per es., dalle Cost. egidiane (IV, 27) nel caso di molti imputati di omicidio: il giudice chiedeva ai parenti dell'ucciso e all'accusatore, se vi era, *per iuramentum de qualitate culpe cuiuslibet ipsorum et utrum sint culpabiles in faciendo aut in mandando*, in modo che uno solo fosse punito. In Sardegna nei furti campestri e contravvenzioni il giudice sentenziava sul giuramento deferito all'accusatore (C. de logu, 110), ed era libero di non far giurare il convenuto se le prove dell'attore non riescivano.

28. Degli altri giuramenti in uso in Italia ricordiamo per Napoli, anche nel sec. XVIII, quello *de perhorrescentia propter potentiam adversarii* (*Ritus M. C.*, 228), prestato dalle persone miserabili per ottenere la declinatoria di foro, nei tribunali inferiori, non nei superiori, *ubi metus non praesumitur*. Nel penale vi era il *iur. de veritate dicenda* a carico dell'imputato, ed era consuetudine di chiederlo *per totam Italiam*, assieme al *iur. de cal.* che pure *per totam Italiam* giurava l'accusatore, cioè la parte civile o privata, come si diceva. L'attesta Claro (qu. 18), che aggiunge: nè accusato, nè accusatore, nè avvocato che consiglia male incorrono in pene, però *peccant mortaliter* e risponderanno a Dio.

29. Il giuramento avrebbe dovuto essere la prova vera e giusta (1), tante erano le solenni invocazioni all'ira celeste, ma invece fu tanto screditato che, come si è visto, gli statuti lo limitarono alle cause di piccolo valore (2) e a quelle di danni (3), e

---

(1) DURANTIS, II, 2, de iur. delat.; IOAN. ANDREAE, in tit. de probat., X, II, 24; PILLIUS, II, 56, 57.

(2) Costituto dei Consoli del placito di Siena, ed. ZDEKAUER, 1890, c. 62: *si actor in lite de pecunia usque ad* 100 *sol. detulerit sacramentum*...; Stat. di Cadore, II, 60; Padova, n. 678; Verona, III, 14; Gemona, 99, 100; Cividale, 31 (Statuta vetera civ. Austriae, ed. LEICHT); Rimini, pag. 18: *quia multi ausi sunt periurare*, si vieta di giurare nelle cause oltre 10 lire; Costit. egidiane, IV, 42; Editto di Emanuele Filiberto, 1561 in *Vet. Decreta*, II, 35.

(3) Breve pop. Pistorii, 1284, I, 103, II, 118.

Digitized by Google

anche se vi erano indizi, oltre l'onestà del giurante. Per ragioni ben evidenti invece fu ammesso per liberarsi da impegni di giuoco o da debito verso usuraio (1). Nel sec. XVI i duchi di Piemonte sperarono risollevarlo circondandolo di solennità spettacolose: il giudice « farà accendere due torchi e in ginocchioni davanti all'altare da aversi in ogni tribunale, farà mettere le mani sopra li s. evangeli e dire: chiamo in testimonio il sommo Iddio mio creatore... e se io mento che il Signore mai non mi aiuti nè mi doni salute nè consolazione, ma mandi sopra di me quel miracoloso castigo che mandò sopra Anania, ecc., e mi faccia passare la vita in calamità e miseria » (2).

30. Il giuramento doveva prestarsi dalla parte e non dal procuratore; ma lo Stat. di Fiume (II, 11) disponeva: chi produce capitolo da provarsi con giuramento dall'avversario, questi risponda con giuramento « se la cosa secondo l'intenzione di chi la avrà messa innanzi, si riferisca alla causa discussa »: possa a ciò rispondere anche il procuratore per giuramento con la parola credo o non credo: altrimenti la sua risposta non si intenda legittima a meno che così non sembri al giudice.

Si usava prestarlo anche dopo la sentenza che allora era condizionale: *si actor vel reus iuraverit*; come permetteva il diritto giustinianeo e come erasi inteso dalla Glossa (v. cap. XII), sebbene alcuni a ciò fossero contrari, come Pillio (III, § 6), e altri richiedessero che il giuramento fosse prestato prima che il giudice passasse ad altre cause (3).

L'esposizione finora fatta riguarda di preferenza il giuramento nel civile: nel criminale, doveva giurare l'accusatore: il che non esonerava dall'addurre prove. Laddove queste mancavano, come nello stupro, bastava il giuramento della donna purchè sorretto da presunzioni (Stat. di Varese, c. 25): lo stesso nei furti notturni, nei danneggiamenti ai fondi (St. di Modena, 1327, IV, 48; Bologna, 1250, II, 34), nella violazione di domicilio, nelle ingiurie, ecc., purchè il giurante fosse persona di buona fama (*Breve Pistorii*, II, 8). Ma anche nelle riforme statutarie il giuramento dell'accusatore non è più ammesso, e solo è confinato per la dichiarazione dei danni.

---

(1) Stat. Cividale, 31.
(2) Nuovi decreti, in SOLA, *Comment.*, pag. 458.
(3) PAULUS DE CASTRO, in l. 137, Dig., XLV, 1.

Digitized by Google

§ 7. *Il notorio.*

31. Oltre queste prove la dottrina elencava un'altra serie di prove, costituite dal notorio, dagli indizi, dalle presunzioni e dalle congetture.

I giuristi avvertirono le difficoltà di definire il notorio: già Alessandro III aveva detto: *multa dicuntur notoria quae non sunt* (c. 14, X, II, 28); e la Glossa al Decreto aveva premesso *de notorio loquimur et quid sit notorium ignoramus* (c. 15, Causa II, qu. 1). Poi anche dopo che molto ne avevano scritto i dottori italiani, un antico lessico giuridico concludeva che il notorio era materia intricata (1). Le difficoltà così notate parvero incentivo ad ampie disquisizioni, non tanto per desiderio di superarle quanto per la necessità in cui era la dottrina delle prove legali di illuminare il giudice e di cercare criteri immutabili destinati a sopprimere l'arbitrio del giudice, col ricorso al criterio numerico, sei o dieci (2) persone attestanti della notorietà, della *fama*: criterio fallace: ma dal momento che al giudice negavasi il libero apprezzamento, si era coerenti nel cercare fuori della coscienza del giudice anche la misura del notorio.

Fin da principio la Glossa (ad l. 6, § 3, Dig., XLVIII, 16) si trovò in presenza del diritto romano che non richiedeva prova per quello che *omnes sciunt*, e insegnava che la *scientia omnium* non si discute (3). Invece il diritto canonico nemmeno questo volle affidare all'apprezzamento del giudice, temendo che potesse subire l'influenza di voci vaghe, di rumori non sinceri, specialmente trattandosi di pene spirituali, nell'applicazione delle quali si può essere più corrivi che in quelle corporali. La Chiesa infatti diede grande importanza ai peccati pubblicamente commessi, agli scandali che tutti conoscono e li volle repressi. Ma quando si venne a stabilire come si avesse il notorio, le fonti canoniche adoperarono espressioni imprecise e tennero come equivalenti quelle

(1) *Vocabularium iuris*, Ven., 1508, f. 48. La parola *notorium* manca nel diritto romano. *Notoria* erano i verbali con cui gli ufficiali preposti alla polizia della città informavano le autorità dei reati commessi.

(2) MARANTA, VI, et pervenitur, pag. 300: *notorium quod per decem testes probatur.*

(3) l. 9, § 2, Dig., XXII, 6; l. 213, § 2 e 223, Dig., L, 16; l. 6, Cod., VII, 52.

Digitized by Google

di *publicum, manifestum, notorium, idoneis testibus comprobatum, quod tergiversatione aliqua non possit celari.* Anche le Decretali (c. 17, X, I, 13) equipararono ai *notoria* i *crimina ordine iudiciario comprobata.* Siamo sempre davanti a espressioni non precise, tuttavia recanti conseguenze precise, perchè se lo scandalo, per es., era ritenuto pubblico, procedevasi senza accusatore, senza prove, senza giuramento di purificazione, in una parola senza formalità (1). Innocenzo III tentò precisare il notorio distinguendolo in tre categorie, per sentenza (*not. iuris*), per confessione, *per evidentiam rei quae tergiversatione aliqua celari non possit.*

32. Le definizioni furono cercate dai commentatori: *fama quandoque ex scientia procedit aut suspicione: manifestum semper ex scientia et ex certo auctore et possit probari: occultum quod quinque sciunt. Notorium dicitur manifestum quod patet vel per confessionem vel per probationem vel per evidentiam rei* (2). In queste definizioni era dunque stabilito che il *notorium facti* si aveva quando il fatto era noto a oltre cinque persone, il *notorium iuris* era quello che risultava da sentenza o dalla confessione *in iure.* Per stabilire l'*evidentia rei* si ricorreva al criterio seguente: è evidente ciò che si offre agli occhi di tutti, che è innegabile, noto a molti, almeno a dieci (3): la fama non prova se non ci sono due testi (Gloss., ad c. 2, C. IV, qu. 2). Occorrono dieci uomini perchè si abbia *manifestum* (4): occorre un numero maggiore per aversi il notorio (Durante); e Gandino lo ammette quando si ha *publica seu famosa proclamatio per tot* (5); e così l'intendeva Bartolo quando insegnava: di trenta uomini la voce costituisce fama (6): ciò invece per la Practica Baldi originava il notorio (*maior pars populi vel parochiae*), mentre per la fama bastavano due persone: ma poi concludeva essere impossibile definire *quid sit notorium et quot homines faciant notorium* (7). La dottrina italiana e la canoni-

(1) Senza accusatore; c. 15 e 16, C. II, qu. 1; c. 21, X, II, 24; c. 8, X, II, 2; c. 9, X, V, 1; senza prove: c. 17, C. II, qu. 1; c. 23, X, I, 16; c. 10, X, I, 17; c. 3, X, II, 21; c. 8, X, III, 2; c. 3, X, IV, 13; c. 1, § 4, in VI, III, 20; senza giuramento: c. 15, X, V, 24.

(2) Gloss. ad c. 15, C., II, qu. 1; cfr. Gloss., c. 7, X, II, qu. 7.

(3) Gloss. ad c. 15, C., I, qu. 1; c. 17, 19, 20, id.

(4) BALDUS, l. falsus, Cod., VI, 2 (vol. VII, pag. 14).

(5) l. minores, Dig. de question., vol. VI, pag. 180.

(6) *Tractatus de maleficiis*, Venet., 1598, f. 292.

(7) Ed. Venet., 1527, f. 28.

Digitized by Google

stica (1) accanto al *not. iuris* e *facti* introdussero anche quello *praesumptionis*, nell'intesa che le presunzioni potevano liberare dalla prova, e in ordine al *not. facti* lo distinsero in tre modi di fatti, *factum actu permanens, actu interpolatum, actu transiens*: sottigliezze scolastiche che peggiorarono ogni chiarezza, presto abbandonate: e solo si salvò la nozione di notorietà. Di fronte a tanta confusione di dottrine le leggi avevano considerato i pericoli a cui erano esposti coloro che erano accusati in base a notorietà, ed erano ricorse all'espediente di lasciarne la condanna *in conscientia iudicum* (2) o disponendo che questi si rimettessero al parere delle autorità superiori (3): e meglio ancora richiedendo che la notorietà fosse provata per mezzo di testimoni. Poichè, dicevasi, *famam esse publicam vocem que dicitur in contrata — opinionem vicinorum et habitantium in contrata* (4), dovevano questi vicini presentare *idonei et legales viri* che giurino.

33. La notorietà ebbe nella vita giuridica e sociale italiana grande valore: non solo essa servì nelle procedure giudiziarie o amministrative contro usurai, lenoni, prodighi, nullatenenti, oziosi, discoli: non solo sulla base della fama si perseguitarono eretici o avversari politici: ma servì a dare sicurezza alle persone e al loro stato giuridico, laddove mancavano registri di stato civile: cioè prima del Concilio di Trento le relazioni di famiglia e di parentela erano principalmente basate sulla notorietà (5). In questo senso sono le disposizioni minaccianti pene a quelli che negavano l'esistenza di un vincolo coniugale, la figliazione, la parentela, che precipuamente non potevansi provare che col notorio (6): chi

(1) TANCREDO, II, 7, menziona solo il *not. iuris* e *facti*: quello *praesumpt.* è nei canonisti; IOAN. TEUTONICUS, ad c. 15, C., 2, qu. 1; BERNARDUS PAPIENS., ad c. 7, X, de cohab. cler., III, 2; INNOCENTIUS, id.; HOSTIENSIS, id.; ANT. DE BUTRIO, id. Però anche Bartolo e Baldo (ad l. 4, Dig. de relig.; ad l. 11, Cod. de appell.; ad l. 9, Cod. de his quibus ut indignis) adottarono tali divisioni; DURANTIS, II, 2, de probat., § 3, n. 9; III, de notor. crim., § 8.

(2) *Si probari per testes non poterit aut non fuerit manifestum... sit in conscientia et discretione iudicum de condemnando*: c. 12 Liber promissionis maleficii, nelle *Leggi crimin. del dominio veneto*, 1701, pag. 5.

(3) Stat. di Benevento c. 16.

(4) Stat. di Cadore, II, 77; Roma, ed. RE, I, 32.

(5) Stat. di Ceneda, II, 66: *filiationem, paternitatem, fraternitatem vel consanguineitatem vel matrimonium... publica fama est de praedictis*; Const. legis pisan. civit., an. 1231, c. 31; Stat. di Bologna, 1454, c. 13.

(6) Stat. di Lucca, 1539, I, 98-101; Roma, cit.; e 1580, I, 69; Ferrara, 1624, II, 50; Bergamo, 1717, II, 34; Rovereto, c. 21.

Digitized by Google

l'oppugnava e non riesciva nella prova era punito. Eguale appello al notorio facevasi per provare l'assenza, la morte, la nascita, il tabellionato (1), le professioni esercitate, l'appartenenza a comune, a corporazione: nello stesso modo che al notorio ricorrevasi pel processo trentennale, pei contratti agrari e i relativi canoni e per tutte le materie *quae sunt difficilis probationis* (2).

E per dare la prova della notorietà si passava da un eccesso ad un altro: cioè dall'obbligo di presentare molti testi all'ordine diretto al giudice di constatare l'esistenza del notorio con 4 testi pel reato di usura, di tre per la dichiarazione di morte, di due per la paternità, la filiazione, le servitù prediali (3). Le Costit. egidiane (VI, 23) riconoscendosi che *propter malicias comunitatum et tyrannidorum* le prove sono difficili, ammetteva la *fama publica per testem ydoneum*. A Firenze per condannare un magnate bastava la *publica vox* sostenuta da due o tre testi *de auditu* (III, 61): così a Bologna secondo gli *Ordinam. sacrati*. A Modena nel 1327 governavano i magnati; un popolare poteva essere condannato od espulso sulla voce pubblica rappresentata da due testi (IV, 43). Per le fazioni che portarono i Comuni al dispotismo, gli avversari erano giudicati secondo la pubblica fama, della quale facevano testimonianza al massimo due o tre persone (4). Quando poi trattavasi di cause interessanti il fisco (dazi) o la polizia annonaria o la difesa dei boschi e riserve di caccia, la voce pubblica si riduceva a un teste (5), e bastava la notorietà dichiarata da due persone per bollare alcuno del reato di usura (6).

La giurisprudenza appoggiava siffatto modo di stabilire il notorio, dicendo essere sufficiente per certi atti la semplice dichiarazione giurata di ciò *quod publice constat* anche fatta da due o tre persone, ed anche la affermazione di ciò che non può senza mali-

(1) Stat. di Firenze, 1415, II, 1.

(2) DURANTIS, III, de crim. not. DE GANDINO, ed. KANTOROWICZ, p. 100.

(3) Stat. di Pistoia, 1296, III, 158; IV, 72; Breve pop. Pistorii, 1284, II, 197, 105. A Bologna, 1454, c. 21, bastavano tre testi a provare la morte. Per lo stat. di S. Marino, sec. XIII, riforma 1600, basta un teste pei danni e due testi abitanti nella stessa contrada per provare la paternità. Vedi sopra a pag. 433, 434.

(4) Stat. di Lucca, 1308, III, 162.

(5) Stat. del Frignano, 1337, III, 46; Mirandola, 1366, IV, pag. 61; Carpi, 1353, pag. 26.

(6) Stat. di Belluno, IV, c. 12; Parma, 1590, f. 108.

Digitized by Google

gnità negarsi: e si sperava di avere così superate le difficoltà inerenti ai concetti elastici ed evanescenti del *rumor* e della *fama*.

Tanta facilità era accordata nelle cause civili e nelle criminali; e ciò per l'insufficienza dei mezzi investigativi, cioè degli organi preposti alla pubblica sicurezza. Così a Modena (1327, IV, 20) bastavano quattro testi sulla *publica vox et fama* per condannare a morte l'omicida; e nella Marca anconetana, però a pene minori, gli incendiari e gli autori di reati commessi di notte (Costit. egidiane, 1357, IV, 22): enormità dai criminalisti attenuata col richiedere per la fama l'appoggio di indizi sufficienti, idonei ad applicare la tortura (1). Ma lo stesso Farinaccio davanti a tanta facilità di condannare in base a un notorio imprecisabile, inafferrabile, scriveva: *in dubio iudicandum potius est non esse notorium quam e contra* (2).

§ 8. *Gli indizi.*

34. Qui notasi lo sforzo dei civilisti e canonisti italiani per ridurre la materia entro schemi sistematici. Anzitutto si ammise che *praesumptiones hominis* potessero includersi nella categoria delle prove semipiene: e sotto queste presunzioni (*argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius*) si intesero gli indizi che potevano essere un mezzo e un surrogato di prova: *relevatio ab onere probandi*. Si deve ai processualisti italiani l'aver raggruppato le presunzioni *facti* in tre categorie: necessaria, *cui statur etiamsi contra quis probetur* — violenta, *cui statur donec contra probatur* — probabile, *cui non statur aliquo modo nisi adminicula habeat*. In quanto alle presunzioni *iuris et de iure* affermavano che non ammettesse controprova. Per Tancredo (III, 14, § 2) la violenta vincolava senza escludere la controprova; la probabile non bastava per sè ma si completava con altre prove e autorizzava il giuramento suppletorio (3). Durante proponeva la se-

(1) Per brevità indico alcune regole formulate dai criminalisti: la fama fa prova semplice in materia civile, matrimoniale; la fama con un buon teste prova in criminale; in fatti lievi o antichi prova da sè; è indizio per tortura, ecc. Vedi IACOBUS DE BELVISIO, *Practica iudiciaria*, 1526, f. 63; CROTUS, nel *Tract. de testibus* di ZILETI, 1568, pag. 572; BLANCUS, *De indiciis homicidii*, 1545, n. 311; BRUNUS, GUIDO DE SUZARA, BALDUS DE PERIGLIS, *De indiciis et tortura*, 1549, f. 15 e 74.

(2) *Praxis criminalis*, I, tit. 3, qu. 21, n. 48, 93.

(3) HYP. DE MARSILIIS, *Tract. de quaestionibus*, 1537, f. 82, 83, 84.

Digitized by Google

guente nomenclatura: *praes. iudicis*, che era quella *facti*: *praes. iuris* quella detta violenta; necessaria, *quae comuniter vocant magistri iuris et de iure* (II, de praesumpt.).

Tali distinzioni costituiscono piuttosto rubriche nominali che tentativi di tradurre i gradi di convinzione psicologica in gradi di prova giuridica. Infatti non è detto quali siano l'essenza e l'efficacia delle presunzioni, nè è circoscritto il loro valore come prova legale. Si accostarono a più esatta sistemazione i giuristi posteriori, sempre persistendo nella tesi erronea di escludere che presunzioni e indizi fossero mezzi di prova eguali ai testi e ai documenti, ritenendo possibile stabilire su presunzioni e indizi l'esistenza o meno di atti giuridici, e per aggiunta errando nell'assumere elementi specifici per ogni caso, enumerandoli ed elencandoli in modo che il giudice avesse criteri materiali e formali da seguire, così come era l'uso per le prove legali.

Fama e *rumor* erano indizi che portavano alla tortura, e si distinguevano in veementi, nudi, ecc., e qui regole per classificare quali derivavano dalla *fama*. Molto si scrisse su ciò: *Omnes scribentes loquentes de fama se referunt ad Bartolum, tamquam ad carocium huius materiae*: ma nè Bartolo nè altri avevano tolto le incertezze per definire se due testi bastavano per riferire sulla fama, se questa giunta a prova semipiena poteva portare a condanna, ecc. Per Gandino ogni reato ha i suoi indizi probabili e indubitati (1): tali sono il *pavor*, la *trepidatio* (2), e Baldo ne annovera altri che autorizzano il giudice a procedere alla tortura (3): ma davanti a questa si viene a distinguere gli indizi in prossimi e remoti, lievi, lievissimi, anteriori, posteriori al delitto, generali, connessi alla persona, alla causa, al fatto; e quelli della persona sono distinti per *fama*, *conversatio*, *consuetudo*, *natio*, *conditio*, *fortuna*, *aetas*, *sexus*, *nomen*, *physionomia*, *pallor*, ecc. (4). E inoltre

(1) *De maleficiis*, 1598, pag. 287, 289, ed. KANTOROWICZ, II, p. 75, 79, 90.

(2) BARTOLUS, l. admonendi, n. 27, Dig., XII, 2 (vol. II, 32).

(3) BALDUS, l. cum servus, Dig., XII, 4 (vol. II, pag. 60); l. milites, Cod., IX, 42 (vol. VIII, pag. 225).

(4) CHARTARIUS, *Practica interrogandi reor.*, Venez., 1590, pag. 117; BLANCUS, *Tractatus de indiciis homicidi*, 1567; CASONIUS, *De indiciis*; BRUNUS, *Tract. de indiciis et tortura*, 1549; GUIDO DE SUZARIA et BALDUS DE PERIGLIS, id.; IAC. DE BELLOVISIO, *Practica iudiciaria*, Lugd., 1526, f. 61, 68; HYP. DE MARSILIIS, *De probat.*, Lugd., 1548, f. 21; *Practica causar. crimin.*, 1535, f. 36, 52, 63, 69.

Digitized by Google

dicesi: due testi sono necessari per provare un indizio remoto; due testi singolari non si sommano per fare un indizio (1), due testi inidonei con mezza presunzione fanno piena prova, ecc. Con tali calcoli artimetici lo scolasticismo del sec. XVI volle valutare gli indizi, le congetture, le presunzioni, purchè avessero determinati requisiti; e così si videro leggi del sec. XVIII far anche senza dei testi e arrivare alla pena ordinaria sulla base di indizi indubitati (che, contraddizione a tutte le premesse sulla verità giuridica, erano decisi dalla coscienza del giudice, quindi sul criterio della certezza morale), e ciò specialmente nei cosidetti reati occulti, quali l'incesto, la sodomia, l'adulterio, l'incendio, il veneficio, ecc. E la lista degli occulti si potrebbe allungare. A Napoli era posto in dubbio « se per indizi indubitati nei delitti atroci ed esemplari si potesse venire ad imporre la pena ordinaria della morte naturale »: erasi abbracciata l'opinione più benigna ed equa, ma i delitti essendo cresciuti, fu promulgata Pramm. nel 1621 (147 tit., pramm. 12, *de ordine iudic.*), con cui in ogni caso su indizi indubitati, cioè « su quelli che provati legittimamente inducano la mente del giudice a credere fermamente essersi il delitto commesso dall'inquisito quietando il suo intelletto in questa ferma credenza », il tribunale collegiale poteva imporre la pena ordinaria: solo se nella causa procedevasi *ex delegatione*, prima di eseguire tale sentenza doveva farsi circostanziata relazione al re (id., Pramm. 13, 1622). In tal senso erano leggi del 1743 per lo Stato pontificio, di Toscana del 1744 (2) e le Costit. modenesi del 1773 (IV, 15).

35. Gli scrittori cercarono precisare che cosa intendere per indubitati, e si tentò di ridurre a sistema ciò che Beccaria chiamerà una probabilità che si sottrae ad ogni norma. Per es. gli indizi di furto si deducevano dalla patria, dalla stirpe, educazione, sesso, età, conversazione, familiarità, qualità dei servi, mala fama, passeggi insoliti, cattiva fisionomia, brutto nome o cognome, oltrechè da rinvenimento presso il ladro della roba rubata, dall'esser povero e spender molto, dall'essere veduto il reo uscire con roba sotto le vesti, ecc. (3). Anche al sec. XVIII i criminalisti

(1) HYP. DE MARSILIIS, *Tract. de quaestion.*, 1537, f. 107.

(2) Risol. di Benedetto XIV, 1743, di Francesco di Lorena per la Toscana, 1744, cit. da PERTILE, § 232, n. 141, 142.

(3) BONIFACIUS DE VITALINIS, *De furtis*, § 2, n. 25; MENOCHIUS, *De*

Digitized by Google

più riputati sostennero la credibilità della prova indiziaria, coll'argomento che il non ammetterla aprirebbe la via all'impunità [1]: « è un beffarsi della legge », scriveva il Card. Zappata nella cit. pramm. napolet. Al che si opponeva essere la prova un giuoco di ventura, e peggio esserlo un indizio tratto dalla fisionomia, dal pallore, dal silenzio: essere poi enormità mandare al supplizio su tali indizi, quando due testi col loro concorde deposto non vi mandavano un manifesto colpevole [2]. Parve dunque segnasse un progresso il Cod. leopoldino per la Toscana del 1787, che anche su indizi urgentissimi vietò la pena capitale, e volle non si andasse oltre i lavori forzati a tempo, o l'esiglio, « perchè la durezza e l'eccessivo rigore delle pene è altrettanto ingiusto quanto inutile per frenare i delitti di una culta e mansueta nazione » [3]. D'allora i codici vietarono l'irrogar pena capitale su indizi, e richiesero la unanimità dei giudici (Cod. pen. del regno italiano, 1807) o la confessione dell'imputato ovvero il giuramento di due testimoni (Cod. pen. austr., 1804, pel Lombardo-veneto, 1825).

§ 9. *La perizia.*

36. Quantunque i Romani riconoscessero al giudice la facoltà di interrogare *periti artis, tabularii, calculatores*, nessuna regola avevano stabilito. Anzitutto non ritenevano la perizia mezzo di prova e non imponevano al giudice di attenersi ai loro responsi. Solo la legislazione imperiale volle che questi servissero di base alla sentenza. Tale criterio dominò di buon'ora nella pratica ecclesiastica, ispirata al concetto dell'arbitrato che i fedeli dovevano preferire ai dibattiti forensi. I vescovi scelti ad arbitri nelle liti secolari dei fedeli solevano chiedere il parere di persone competenti: *si questionis qualitas non lucide investigatur, seniores provinciae congregate et interrogate: facilius invenitur quod a pluribus senioribus quaeritur*; così consigliava papa Innocenzo II e tali

---

praesumt., lib. I, qu. 88; CLARUS, § fin., qu. 64; PEREGRINUS, *Praxis Vicariae*, p. IV, sect. 2, n. 12.

(1) CREMANI, *De iure crimin.*, lib. III, c. 22, pag. 217; NANI, *Degli indizi* ed. Napoli, 1859; BARBACOVI, *Ragionam. degli indizi nei giudizi penali*, Milano, 1820.

(2) CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, IV, c. 12.

(3) *Il governo della Toscana sotto il regno di Leopoldo II*, pag. 11.

Digitized by Google

consigli riporta Graziano (c. 3, p. I, dist. XX). Era avvenuto però che invece di interrogare persone competenti, i giudici non esitavano a rivolgersi anche a indotti e chiedere *quid iuris sit*, facendo testo, *pro sententia*, delle loro risposte. Papa Innocenzo III riprovò tali disordini, disse che tali sentenze erano nulle (c. 3, X, I, 5), che una cosa era il responso peritale e una cosa la sentenza, che i periti non dovevano sostituirsi ai giudici. Da questo momento furono elaborate per opera dei giuristi italiani le prime regole sulla perizia.

Il diritto canonico aveva detto che in caso di ferite, di defloraziono, e simili (1), si deputassero persone (*honestae matronae*) *ad inquirendum*: la loro *conclusio*, *votum* o *suffragium* era presentata al tribunale; ma a condizione che risultasse il *titulus peritiae* cioè la competenza. Il giudice confrontava il responso colle risultanze delle altre prove, colle circostanze di fatto e aveva facoltà di interrogare altri periti. Questa era la *comprobatio facti*. Sopra queste regole fondamentali si basò la dottrina e la pratica italiana. Durante scriveva: *Magis credendum est ei qui de arte sua testificatur*; quindi bene si comporta il giudice che *secundum consuetudinem generalem Italiae* chiede consiglio a *sapientes*; male fa se pronuncia la sentenza *secundum eorum dictum*:... *quam consuetudinem reprobo quia multa enormia possunt per tales iudices committi. Melius est igitur quod iudex ipse scrutetur diligenter acta negotii ad rerum veritatem et plena inquisitione discutiat: quam sic se exoneret ad dictum illorum:... post super dubiis cum peritis deliberet diligenter* (2). Era così accolta la prescrizione di Innocenzo III, che il perito non dà prova, su cui si debba formare la sentenza ma è ausiliare del giudice. In questo ultimo senso fu la dottrina italiana, da Bartolo a Mascardo. Quegli riguardò il perito come *instructor boni*, e il giudice aveva libertà di attenersi al responso o di respingerlo: il suo pensiero risulta da quanto scrisse nel trattato *de fluminibus* e in altri testi (3). Ma quando cominciò a dominare nei tribunali la prova giuridica, si disse che a questa corrispondeva la perizia e che *peritorum relationi iuratae standum est et iuxta illorum votum standum est, quamvis partes*

(1) C. 9, X, de praescr., II, 26; c. 18, X, de homicid., V, 12; c. 6, X de frigidis, IV, 15; c. 14, X, de prob., II, 19.

(2) II, 2, de requisitione consilii.

(3) In l. 29 Gallus, Dig. de liberis, XXVII, 1

Digitized by Google

contradicant debet iudex sententiam proferre (1). La loro relazione ha valore di *ratio testimonii*; e come prova testimoniale deve entrare sotto le regole di questa; e come occorrono due testi, due debbono essere i periti. Tale dottrina ebbe l'appoggio della Rota romana (2). Che se erano discordi, allora il giudice potrà non seguire i loro pareri o preferire uno o eleggere un terzo. Il loro giuramento era *de credulitate*, e qui Mascardo distingueva *si agitur de re non sensu corporeo sed intellectus iudicio perceptibili*: ma *de veritate, si de re sensu corporeo* (3).

I periti erano proposti dalle parti o eletti dal giudice: contro quelli eletti era ammessa la ripulsa come pei testi (4). Non erano tenuti a dar ragione dei loro pareri: doveva il giudice citare le parti ad assistere agli interrogatori (5). L'intervento di essi aveva luogo specialmente per stabilire l'*in genere*. Il Guazzini nel suo trattato *ad defensam inquisitorum* enumera le eccezioni da opporsi al perito, che deve esser tale in tutte le materie dell'arte, che deve constatare *de corpore facti* non già *de corpore delicti*, che deve deporre sulla causa istrumentale e materiale, ecc.; insegna come alle sue deduzioni si possano opporre quelle di altri due periti, ecc. (6): e l'abilità o l'astuzia degli avvocati talmente si esercitavano nel discutere le perizie, nel chiederne nuove e nel prolungare così sovra esse le liti, che a Napoli nel 1738 fu ordinato non potersi chiedere una terza revisione se le due precedenti erano conformi (7).

§ 10. *Le prove legali.*

37. In questa esposizione dei sistemi probatori si è visto come le prove fossero valutate in piene e semipiene, come si richiedesse un certo numero di testi, come si computassero gli indizi e come nemmeno il giuramento fosse decisorio qualora non

(1) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 18; GRATIANUS, *Discept. forenses*, cap. 572.

(2) Rota romana, pars IX, recent. dec. 113; X, dec. 324.

(3) *De probation.*, vol. III, concl. 1169.

(4) Stat. di Forlì, II, 6; Lodi, 1538, fogl. 37; Novara, 1593, II, pag. 122.

(5) Costit. piemont., 1723, III, 235; 1770, III, 13; Costit. moden., 1773, lib. I, 18.

(6) *Defens.*, 4, c. 2 pag. 172. Anche SARNUS, *Praxis crimin.*, form. 21.

(7) Pragm. 19, cap. 2, 7, de ordine et forma iudic. E così altra Pramm. del 1773, 36, de suspic. offic.

Digitized by Google

accompagnato dalle prove. Dottrina e in generale le leggi — fatta eccezione parziale per Venezia — non si affidarono alla libera coscienza del giudice nell'apprezzare le prove. Salvo Venezia, abbiamo detto, che in una legge del 1242 così sanciva: *cum aliquis coram iudicibus venerit debeat diligenter examinari utrum verum dicat vel non. Si in iudicium conscientia erit quod fuerit* (*verum attestatus*) *eius iudices testimonium suscipiant. Si autem veritatem esse quod perhibent non apparuerit, eorum testimonium nullatenus recipiatur* (1). Altrove i testi si avrebbero dovuto imputare di falsità: in caso contrario il giudice doveva stare alle loro deposizioni. Come Venezia affidava al giudice di stabilire chi avesse diritto di dare il *vadimonium comprobandi*, così rimetteva alla sua coscienza pronunciarsi sulla innocenza o la reità dell'imputato. Altrove, per non stare alle deposizioni dei testi occorreva convincerli di falsità; perchè altrove, con moto progressivo (tali vincoli sono ancora estranei alle leggi del periodo comunale e anche alla dottrina umanistica) si avviò la legislazione a circondare il giudicato di cautele, sia pel timore che le pene troppo gravi non fossero con leggerezza applicate, sia pel sospetto che le passioni e l'ignoranza prevalessero sulla fragilità umana. Si ritenne che tutto ciò si impedisse mercè un sistema di meccaniche combinazioni in cui ogni prova era rappresentata da un numero e da una forza, la cui somma determinata in precedenza dalla legge portava a condanna, coll'obbligo di assolvere se la somma non era raggiunta, anche nel caso che il giudice fosse convinto della reità. Egli doveva restar passivo davanti a quel computo. In ciò sta l'essenza delle prove legali, che furono mezzo e fine nel procedimento criminale, e che rappresentarono l'aritmetica sostituita al ragionamento. A introdurle e a conservarle vi concorse la necessità di ovviare a tanti vizi della procedura, al segreto inquisitorio, all'uso della tortura, per dare qualche ombra di garanzia all'imputato, che d'altra parte per l'esistenza di una mezza prova, di un indizio non poteva essere assolto, ma andava soggetto a una pena arbitraria.

Si può dire che la *stima giuridica* della prova divenne esigenza del processo inquisitorio; con che non si nega che la sua origine sia anzi nell'accusatorio, il quale solo nei tempi moderni ha abban-

(1) *Statuti civili di Venezia anteriori al* 1242, ed. BESTA e PREDELLI, pag. 181.

Digitized by Google

donato la materia della prova all'istintivo criterio dell'uomo. I popoli barbari in genere non ebbero che l'accusa, ma la sentenza si conformava a quella prova che la consuetudine reputava più idonea alla credibilità di essa. Gli stessi Romani avevano portato nel processo penale una serie di condizioni, compresa la tortura, entro le quali era limitata la libertà del giudicante. Più ancora fece la legge canonica, la cui competenza cadendo in affari delicati di coscienza implicanti responsabilità morali pel giudicante che poteva infliggere penitenze, censure, esclusione dalla comunione dei fedeli, sospensione dagli offici, ecc., imponeva che si garantissero gli imputati contro gli eccessi di zelo e le errate interpretazioni della disciplina canonica. Da ciò le sollecitazioni perchè il giudice *nihil ex suo arbitrio facit... sicut audit, ita iudicat* (1), perchè la sua convinzione sia formata sopra fatti noti, chiari, escludendo l'arbitrio e l'impressione. I *motus animi* devono rispondere a uno stato di coscienza determinato da fatti *probata, indiscussa certa probatione* (2). Come si è accennato, anche il diritto romano imperiale non volle adagiare il risultato definitivo della prova sul principio della certezza morale dell'uomo, cioè non volle che la sentenza fosse il frutto del soggettivo apprezzamento del giudice, dell'*arbitrium iudicantis* (3). Pur senza dichiarare sopra quali prove prestabilite il giudice dovesse formare la sua convinzione, Giustiniano non lo abbandonò al corso di impressioni soggettive, impulsive o istintive, ed anzi volle che la certezza morale nella valutazione delle prove fosse più dimostrata dal calcolo e dal ragionamento che sentita da impressioni. Quindi circondò la formazione della sentenza da tali norme e cautele in modo che riuscisse una vera illazione. I Romani, pur non avendo una completa e armonica sistematica trattazione delle prove, non trascurarono di elencare una serie di precetti sul valore di esse, per es. a proposito della tortura inflitta ai servi, che vollero applicata solo verificandosi speciali presunzioni di colpabilità: da ciò

(1) S. Ambrogio, c. 4, C. III, qu. 7.

(2) c. 20, C. III, qu. 1.

(3) Questa è la frase adoperata nelle fonti: cfr. l. 1, § 4, Dig., XLVIII, 16; l. 15, Dig. L, 1; l. 13, Dig. XLVIII, 19. Il Geib. (*Gesch. des roem Criminalprozess*, pag. 645) ritiene che il diritto giustinianeo avesse già realizzato il sistema delle prove legali. Vedi più ampia dimostrazione nelle mie *Note per la storia del procedimento criminale*, negli *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, vol. XLV, 1918.

Digitized by Google

un primo ordine di norme sugli indizi e le presunzioni: norme di cui fecero tesoro i proceduristi italiani, sfruttandole nel senso delle prove legali che trovavano ammesse dai Romani, e dai testi delle Pandette trassero argomenti per giustificare le regole sulla moralità dei testi, sul valore della confessione solo quando sorretta da fatti concordanti, sulla necessità che l'accusa sia munita da indizi indubitati (1), da almeno due testi (2), uno bastando appena sui fatti appresi pei propri sensi (3).

38. Nel diritto canonico l'elaborazione di regole sulle prove fu graduale. In Graziano trovansi solo esposti alcuni criteri per disciplinare i *motus animi* e valutare le ragioni dell'accusa e della difesa: però vi è già stabilita la valutazione dei testimoni (4): un teste non prova. La tendenza a un formalismo probatorio è evidente nel Decreto (5), allorchè è prescritto che occorrono testimonianze idonee, cioè non meno di due testi (6). Graziano allude spesso alla certezza legale, ma non la vincola entro le strettoie della prova legale (7): nè diversamente fanno i Decretisti (8).

Ma coll'introduzione del procedimento inquisitorio, quale contrappeso ai suoi pericoli e quale freno ai giudici, e per dare garanzie agli imputati, oltre la scrittura degli atti, si volle che la condanna avvenisse in seguito a prove certe: non raggiunte le quali, il giudice doveva assolvere: che se condannava a pena minore arbitraria, poteva seguire la revisione sui verbali del processo. Vero è che il procedimento canonico era basato sull'equità;

---

(1) l. 2 e 3, § 1 e 3, Dig., XXII, 5; l. 21, Dig. III, 2; l. 1, § 17, XLVIII, 18.

(2) l. 3, § 2, Dig., XXII, 5; l. 25, Cod., IV, 19.

(3) l. 13, Cod. VIII, 19; Nov., 90, c. 2. Altrove parlasi di *probationes incorruptae* (l. 1, VII, 13), di *indicia perspicua* (l. 6, Cod., II, 21), di *probatio manifesta* (l. 18, Cod., IX, 47), espressioni che legittimano il sospetto che nella pratica si fossero insinuati criteri per graduare prove e indizi.

(4) c., II, qu. 4; C., IV, qu. 2 e 3; c. 11, C., XXXV, qu. 6.

(5) c. 15, C., III, qu. 9.

(6) c. 2, C. XV, qu. 5; c. 3, C. IV, qu. 1; c. 8, C. XXXIII, qu. 2.

(7) Per es. pel numero dei testi, nella classifica delle presunzioni (c. 19, C. II, qu. 1; c. 2, C. XXXII, qu. 1). Nelle cause di divorzio si richiedono sette testimoni (c. 2, C. XXXIII, qu. 1); per la *purgatio canonica*, 12 e se si tratta di un vescovo, 72.

(8) Cfr. *Summa Paucapaleae*, ed. SCHULTE, pag. 58; *Summa Stephani Turnacensis*, ed. SCHULTE, 1891, pag. 163, 170, 158, 195, 197. Nella *Summa Rufini*, ed. SINGER, pag. 275, appaiono le prime norme sulle prove legali, come questa: *duo testes vel plures pro una persona computantur, quia unius personae gerunt.*

Digitized by Google

e poneva anche in essere la coscienza delle parti e più quella del giudicante, ma è anche vero che il diritto canonico ritenne insufficienti le garanzie di questa coscienza e senza fissare norme tassative sulle prove cercò formulare criteri o punti di riferimento per la loro valutazione.

È umana la diffidenza verso il giudice; e a questa si piegarono i canoni della Chiesa; il che significava circondare di cautele l'attività del giudicante, legandolo alle varie formalità procedurali e ai risultati delle prove, in modo da non isolare la certezza morale. Si temono i *motus animi*, cioè le indefinibili impressioni subbiettive, così pericolose, dalle quali il giudice deve liberarsi. La sentenza deve essere illazione della prova consacrata negli atti, cosicchè in revisione o in appello risulti chiaro che il *bonus iudex* giudicò *sicut audivit, secundum allegata et probata, ex argumentis et testimoniis quae rei aptiora esse compererit* (c. 27, X, II, 20). Così le Decretali e poi i commentatori affrontarono la questione delle prove e della loro misurazione, quella delle presunzioni, degli indizi e del notorio, gettando le basi di quelle teoriche che poi esagerate e in parte falsate dominarono nei tribunali di Europa (salvo che in Inghilterra e a Venezia) sotto il nome di prove legali, e fino al secolo XVIII.

39. Il principio della prova legale è formulato nelle regole relative al numero e alla qualità dei testi (1) e dei periti (2), alle condizioni dei documenti per essere efficaci (3), al giuramento suppletorio o purgatorio ed anche in quelle sulla *semiplena probatio*, a cui i canoni attribuirono valore pratico di presunzione sufficiente a deferire il giuramento. Inoltre l'idea della valutazione della prova in semipiena, piena, imperfetta occasionò svolgimenti di speciali dottrine da parte dei canonisti in materia di indizi e presunzioni (4), in modo che appare che sia piuttosto l'accusato che il giudice a subire il cumulo delle prove raccolte, che pel loro numero e per la importanza dei testi sono tali da costituire la verità formale. Appartenevano anche alle regole per le prove legali quelle sul modo di valutare le prove concordanti e sulla eliminazione delle contraddittorie, quali le seguenti: una

(1) c. 23, 28, 32, X, II, 20.
(2) c. 4, 14, X, II, 19; c. 42, X, II, 20; c. 6, 7, X, IV, 15; c. 18, X, V, 2.
(3) c. 1, 2, 3, 6, 7, X, II, 22.
(4) c. 32, X, I, 6; c. 27, X, II, 20.

Digitized by Google

prova semipiena basta se il pregiudizio è modico in materia difficile, nelle controversie su fatti remoti (1), nelle cause sommarie (2): la prova più piena prevale sulla meno piena e sulle congetture (c. 9, II, 19), la speciale sulla generale (c. 34, in VI, III, 14), e quella *per evidentiam facti, per inspectionem oculorum, per rem iudicatam, per confessionem* prevale su tutte le altre prove. Tuttavia il diritto delle Decretali non arrivò a quegli eccessi nel vincolare la coscienza morale del giudice che si verificarono nella pratica del secolo XVI: nè imaginò che la previdenza del legislatore potesse escludere ogni caso di arbitrio dettando norme per ogni fattispecie di reato e ogni genere di prove, intendendo guidare il giudice con mano ferrea: ma cercò che la sentenza fosse in istretta ed evidente dipendenza dalle prove e che, se non potesse sempre rappresentare la verità reale, oggettiva, riflettesse almeno la verità formale.

Che tali intendimenti del diritto canonico di vincolare la coscienza del giudicante all'oggettiva legalità abbiano esercitato influenza sui criminalisti italiani e in genere sui giuristi del secolo XIII in avanti, è naturale, ma non in quella misura che si potrebbe supporre, perchè una vera e ferrea regola delle prove legali rimase estranea ad Alberto da Gandino, a Durante e a Baldo, più inclini a seguire il diritto romano. Gandino non stabilisce alcuna norma sul numero dei testi necessari per provare un delitto, e anche in materia di indizi formola degli esempi per stabilire l'indizio semplice e l'indubitato per procedere *ad tormenta* (3). Così anche Durante, il quale vincola il giudice non a questa o a quella prova ma solo a *procedere secundum allegata et probata* (4), tanto che *non potest sine probatione sententiam ferre* (5): ma nel resto gli riconosce latitudine di supplire, *investigare omnibus modis veritatem et falsitatem*, non tener conto del consiglio dei periti quando gli sembra contrario al diritto, non procedere a condanne su presunzioni (6). La *Practica Baldi* si

(1) c. 13, X, II, 19; c. 19, X, III, 39.

(2) c. 4, X, I, 41; c. 18, X, II, 27.

(3) *Tract. de maleficiis*, nell'ediz. di ANG. ARETINO, Ven., 1598, rub. de praesumpt., pag. 286 e segg.

(4) I, de teste, § 1, n. 67; II, de disput. et alleg., § 6, n. 13.

(5) III, de notoriis crimin., § 8, n. 13.

(6) II, de disput. et alleg., § 6, n. 10; I, de teste, § 6, n. 15; II, de requis. consil., n. 13; II, de praeparat. iudic., n. 8; III, de notoriis crimin., § 8, n. 13; II, de praesumpt., § 2, n. 6.

Digitized by Google

chiede: *utrum sufficiat probare crimen per argumenta* mancando testi e prove, e risponde volersi *probationes luce clariores*, dopo di avere esaminato che si intenda per argomento dai dialettici, e in tutte le *quaestiones circa probationes* (1) nessun vincolo è posto al giudice nella valutazione delle prove, sulle quali, dice Bonifacio de Vitalinis, *et secundum leges et iura* deve sentenziare; *haereat conscientia qua quid sit probatum* (2). Sentenziare secondo le prove e queste valutare con pura coscienza, avendo Dio per giudice: ecco la norma seguìta nelle scuole e nei tribunali. Nè tale principio resta diminuito dal fatto che si passò all'elenco delle prove, e ciò per rispondere ai criteri di classificazione allora dominanti. Questo elenco è ridotto a tre da Pillio (I, 6): testi, carte, confessione: a 4 da Goffredo, che vi aggiunse le presunzioni: a 10 da Baldo (in Cod., IV, 19), a 13 da Durante (II, de probat.): e in tal numero il giudice aveva la necessaria libertà per muoversi. Il numero è allargato semplicemente per giuoco dialettico colle distinzioni di prove in piene, perfette, semipiene, semplici, complessive, concludenti, nello stesso modo che lo stesso Durante elencò a 96 le eccezioni contro i testi: e le prove semipiene si dividevano in altre sottospecie. E nemmeno tale conclusione va modificata pel fatto che questi giuristi vollero che nella prova testimoniale si tenesse conto della età, condizione sociale, ecc. in misura rilevante, ciò dipendendo da pregiudizi del tempo. Anche di fronte alla deposizione del povero o del nobile, il giudice stava colla sua coscienza, dovendo formare la sua convinzione *ex probabilibus et non necessariis a quibus veritas non potest abesse* (3). La valutazione dei testi è rimessa all'arbitrio del giudice e specialmente quando sono contraddittori (4); e si discute fino a qual punto si possa sentenziare soltanto sulle deposizioni dei testi (5): e così si arriva a Matteo di Afflitto che scrive: *iudices in hoc regno* (Napoli) *debent iudicare secundum purissimam conscientiam et veritatem* (6).

(1) Foglio 22 e segg.: an possit iuramentum per testes reprobari; sulla prova della negativa per fama; sulla prova delle donne; sulle prove di un precedente giudizio invocate in altro posteriore; sulla confessione.

(2) *Tract. de maleficiis*, nella cit. ed. di Ven., 1598, assieme alle op. di ANGELO ARETINO, pag. 368.

(3) In Cod., IV, 15, vol. VII, 42.

(4) *Tractatus de testibus* di ZILETTI, pag. 370, op. di Alberico de Maletis; pag. 163, op. di Nello da S. Geminiano; pag. 437.

(5) ALBERICUS DE MALETIS, op. cit., pag. 168.

(6) *Consuet. neapol.*, I, r. 94.

Digitized by Google

Laddove spunta l'inizio della prova legale è pel numero dei testi: sulla qual materia vi era un precetto biblico e vi erano precisi insegnamenti desunti dal diritto romano e canonico, che furono non solo seguìti ma completati, come esigeva una ragione di umanità, quella cioè di applicare la tortura secondo che si erano raggiunte tali presunzioni e indizi e testimonianze da giustificarla. Ecco la ragione delle tante regole sui testi, sulla *discordia testium*, sui *testimonia confusa*, *tumultuaria* e poi sul numero. Così si vengono a formare regole tassative nelle leggi e nella dottrina, le quali finiranno a costituire le prove legali. Queste nascono a proposito del numero dei testi, della somma degli indizi colle testimonianze, colle presunzioni, colla fama. Si trovano già in Azone, in Bartolo, in Baldo: *dictum unius testis integri* fa piena prova quando suffragato dalla fama o da altri indizi (1); si deve credere a *pauci digniores* di fronte a molti altri di non eguale dignità (2); molte congetture e presunzioni formano prova piena (3); la prova per testi è sufficiente per la pena capitale, quantunque manchi la confessione (4); la prova *per inspectionem oculorum* prevale su ogni prova testimoniale (5); la prova per indizi basta contro l'usurario (6), quella per giuramento nelle civili fa indizio per le criminali (7); quella per cinque testi equivale a prova per istrumento (8); quest'ultima però supera la prova testimoniale in certi casi. Come e quando valgano i documenti pubblici sopra le altre prove è preso in esame da Durante, che ne esalta la superiorità (9). Vi era in tutto ciò l'addentellato e i presupposti per procedere oltre e arrivare ad altre conseguenze. Non era ancora la vera aritmetica delle prove, ma il germe di essa: se ne scorgono

(1) BARTOLUS, *Lecturae*, in l. Carbonianum, n. 4, Dig., XXXVII, 10; l. si quis ex his, n. 3, Dig., XXVII, 2; l. admonendi, n. 48, Dig., XII, 2 (ed. Venet., 1585, vol. IV, pag. 166; III, 35; II, pag. 32).

(2) Id., l. 1, § idem, n. 2, Dig., XLVIII, 18; l. 1, Cod. VII, 12; l. iusiurandi, n. 8, Cod., IV, 21; l. ob carmen, Dig. XXII, 5 (vol. VI, pag. 177; VII, pag. 176 e 131; II, pag. 146).

(3) l. 31, Dig., XII, 2; l. 17, Cod., IV, 19 (vol. II, pag. 32; VII, pag. 130); DURANTIS, id., lib. II, de probat., § 5, v. quinto.

(4) BALDUS, l. 35, Cod., IV, 19.

(5) AZONIS, *Summa Codicis*, lib. III, 35, p. 317; BALDUS, l. 4, Cod., III, 35.

(6) BALDUS, Dig., I, 20; IOANN. ANDREAE, c. 32, X, II, 24.

(7) BARTOLUS, l. 42, Dig., XII, 2 (vol. II, pag. 35).

(8) ABBAS PANORMITAN., *Decretalia*, c. 2, X, II, 19.

(9) II, de instr. edit., § restat videre sed alii.

Digitized by Google

i segni in queste parole di Bartolo e Baldo: *in crimine falsi requiritur probatio maxima* (1): se il pregiudizio è grande, la prova deve essere piena: se piccolo, basta la prova semipiena (2): tre testi affermativi fanno sempre prova piena (3): due bastano *in correlativis* (4), e per provare lo spergiuro del notaio (5): o secondo la qualità del teste, se di buona fama, se nobile (6). Baldo insegnò come si debbano sommare le prove, qualora ognuna di esse sia imperfetta: per es. se due testi provano un particolare e due un altro, si congiungono e fanno prova piena: *testes duo de metu plus probant quam centum de spontanea voluntate* (7). Si disputa se vale più lo istrumento o la testimonianza di due persone: e la disputa troncava il glossatore colle parole: *o asine, quomodo intelligis quod instrumentum publicum habet vim duorum testium?* (8) Da tali argomenti era ovvio che altri arrivassero agli estremi, alla somma e moltiplicazione degli indizi e delle presunzioni, come fecero Lanfranco de Oriano, Egidio Bossio (9) e poi Deciano, Farinaccio.

40. Il principio posto a base delle leggi e della dottrina fu che il giudice dovesse trarre la sua decisione dalla certezza della legge, cioè che il delitto fosse dichiarato *certo* per la stessa legge, onde l'unico officio del giudice fosse l'investigare se la confessione era o no legittima, se i testimoni di vista fossero o no idonei e contesti, se i documenti erano o no degni di fede e autentici: onde concorrendo simili estremi al giudice non rimaneva che applicare la pena a colui che la legge in tal guisa dichiarava *autore cognito di un misfatto*, anche quando la convinzione del giudice fosse diversa.

Queste direttive introdotte nel procedimento penale nel secolo XV ebbero svolgimento dialettico-scolastico col proposito di dare al giudice l'astratta regola giuridica vincolatrice della verità o,

---

(1) BARTOLUS e BALDUS, in Cod., IV, 19.
(2) Id., in Dig., XX, 4.
(3) BALDUS, l. 15 in exercendis, Cod., IV, 21.
(4) BALDUS, l. 11 data, Cod., IX, 1.
(5) Id., l. 21. ob carmen, Dig., XXII, 5.
(6) Id., l. 31 admonendi, Dig., XII, 2.
(7) Id., l. 29 Gallus, Dig., XXVII, 2 e in quaest. de scismate, n. 39.
(8) Così CINO DA PISTOIA, in l. 15, Dig., XXII, 4 (ed. Francoforte, 1578, vol. III, pag. 61).
(9) Nel *Tract. de testibus* di ZILETTI, Ven., 1568, pag. 456, 758.

Digitized by Google

come si preferiva dire, una verità positiva. La prova era prestabilita dalla legge. Dall'andamento delle prescrizioni legali scaturiva un diritto al riconoscimento della conseguente verità legale da parte del giudice. Con questo concetto stava in intima connessione la dottrina delle prove col formalismo procedurale e specialmente coll'obbligo di porre in iscritto ogni atto.

Il sistema della verità formale o giuridica veniva a contrapporsi a quello della verità reale, materiale, non col proposito di soverchiarla, ma anzi con quello di raggiungerla meglio e di assicurarla. La dottrina della prova legale diffidando della certezza morale, si proponeva anzi di realizzare la maggiore verità: soltanto, come in ogni schematismo dottrinario, l'applicazione assoluta di norme probatorie astratte si esauriva in una elencazione innumerevole e giammai definitiva di dette norme per adattarle ai casi più vari della vita quotidiana. Donde un artificio complicato per misurare il grado probante di ogni fatto ed indizio, quale era necessario per raggiungere la verità giuridica. In tale senso sono composte le grandi trattazioni sulle prove, gli indizi e le presunzioni del pavese Menochio (1522-1607), del sarzanese Mascardo (m. 1588), del modenese Paciano (1590), del napoletano Calà (1600) e poi quelle di Farinaccio, Claro, Mandosio, Scaccia, De Luca, fino ai trattati criminali di Renazzi (1472-1808), Cremani (1799), Barbacovi, Poggi, Nani, ecc. (1), fino al Carmignani (m. 1847) che ne costruì la dottrina gnoseologica. Il Mascardo, per es., nei suoi 3 colossali vol. in f. enumera le prove necessarie per ogni singolo reato e il modo di sommare e sottrarre indizi. Un tedesco, Cristoforo Crusio nel 1682 in 950 pag. indicò 110 indizi generali e altrettanti speciali per ogni reato colla pretesa di raggiungere la certezza col calcolo analitico delle probabilità (2): problema che in modo più semplice e per le stesse vie si erano proposto i criminalisti italiani fino dal sec. XV, come Ippolito de Marsiliis, Guido da Suzzara, ecc. (3).

---

(1) NANI, *De indiciis*, c. IV; RENAZZI, *Ius crimin.*, lib. III, c. 14; DE SIMONI, *Del furto*, § 25 e 37; CREMANI, *Ius crimin.*, lib. III, c. 18 e 22.

(2) CHR. CRUSIUS, *Tractatus de indiciis delictorum*, Francf. 1668, trovasi in quest'opera sua non poche idee della cosidetta scuola positiva, come l'analisi del delinquente, dei suoi genitori, del suo ambiente, ecc.

(3) Vedi le op. loro e quelle di Angelo da Perugia, Matteo Bruno, Iacopo Egidio, A. de Butrio, nel vol. *de testibus*, in *Tract. un. iuris*, vol. V, e nel *Volumen omnium tractatuum* di ZILETTI, 1570.

Digitized by Google

41. Ogni dottrina ha la sua ragione di essere, cioè la sua giustificazione storica. Questa della stima giuridica risiede nella grande criminalità e nella insufficienza degli organi di polizia giudiziaria dei tempi passati. Nell'epoca dei Comuni la repressione era sommaria, e nelle scuole si insegnava *circa modum probandi non posse dari regulam* (1). Poi venne la riflessione, e i pratici guidati dal bisogno di giustizia cercarono stabilire dati sperimentali per la sicurezza individuale in un processo circondato dal segreto (2); quindi contro l'arbitrio opposero i calcoli per graduare le prove, gli indizi e le presunzioni; e cogli stessi ragionamenti tranquillizzarono la coscienza del giudice nel momento che infliggeva la tortura che era pure una pena, derivando dal principio che verità formale e reale hanno lo stesso valore, aforismi di questo suono: *quamvis falsum probatur, probatio esse non desinit: ut recta sit probatio satis est ut in forma non peccet licet in materia deficiat* (3).

Occorre aver presente che l'ipotesi da cui partivano i criminalisti era la condanna capitale, e questa era il perno attorno al quale girava il diritto criminale. Per irrogare pena di morte dovevasi raggiungere prova piena. Infatti pei reati meno gravi, le riferite regole non erano rigorosamente intese. Accertato l'*ingenere* (*de re priusquam de reo est inquirendum*) e distinti i *delitti* in *del. facti permanentis* (omicidio, incendio, ecc.) e *facti transeuntis* (ingiurie) il giudice procedeva di prova in prova finchè non aveva trovato quella che la legge voleva per la condanna, cioè la piena che lo vincolava, come una duplice univoca testimonianza, una presunzione invincibile, degli indizi manifesti e necessari e la confessione da questi appoggiata. Non mancavano quelli che anche graduavano e sommavano gli indizi imperfetti, le congetture e gli amminicoli (così Farinaccio e Deciano): e anzi in tutti i trattati del procedimento inquisitorio e della tortura queste graduazioni costituiscono la principale materia della trattazione (4).

---

(1) Così Iacobo da Porta ravennate in BALDUS, in l. 43, Dig., IV, 4.

(2) Come per es. questi precetti: *Probationes diversi generis non iunguntur ad condemnandum in criminalibus*; G. DE SUZARA, pag. 327. Le prove semipiene fanno solo indizio: BRUNUS, pag. 330; HYP. DE MARSILIIS, *Practica*, n. 15, pag. 36. E ancora: *testes in summa paupertate non crederem: si duo sunt pauperes pro una parte et duo divites pro alia, praefero divites*; BUTRIGARIUS, *Comm. super Dig.*, Ven., 1617, f. 417.

(3) MASCARDUS, *De probation.*, qu. 2, n. 13.

(4) Ma anche pel civile si era formata questa strana giurisprudenza

Digitized by Google

Come si è detto, il sistema della prova legale o giuridica o sintetica aveva un fondamento di ragione nella necessità di istituire garanzie formali per l'imputato, il quale non poteva subire carcere, tortura e tanto meno condanna, qualora non fosse raggiunto quel grado di prove. Però, rimessa tale valutazione necessariamente al criterio del giudice, impedito l'imputato di contestare i testi e distruggere gli indizi, perchè tutto gli era tenuto segreto, privato del diritto di citare a difesa, finchè l'istruttoria non era chiusa, cioè in una seconda e ultima fase, anche cadeva tale pretesa giustificazione della prova giuridica. E allora si propose una correzione ingegnosa sì, ma altrettanto illogica, quella di porre a carico dell'imputato la prova della non colpabilità, cioè di provare un fatto negativo, il che contraddice al concetto della prova legale, la quale, non tendendo a convincere, calcola solo i fatti positivi, che non possono essere dalle due parti, dall'accusa e dalla difesa, nello stesso grado e valore. Se i fatti dell'accusa sono di prova piena, la difesa è vana: se di semipiena la difesa è superflua, perchè l'assoluzione si impone. Non si trassero tali conseguenze e trionfò una transazione, quella di ammettere l'imputato a impugnare le prove per falsità od errore e a opporre le cosidette giustificazioni (l'alibi, la legittima difesa, la pazzia, ecc.).

§ 11. *La tortura.*

42. Ma anche fossero le prove piene, nulla valeva quanto la confessione che solo acquietava la coscienza del giudice: per ottenerla era lecito avvolgere l'imputato in tutti i lacci, lasciarlo nell'ignoranza delle deposizioni e dell'accusa stessa, profittare delle sue esitazioni e contraddizioni, nel che furono maestri gli inquisitori per l'eresia. Essi arrivarono all'estremo espediente della tortura, dopo aver visto fallire quella lenta degli interrogatori defaticanti, dei rinvii senza fine, a mesi, ad anni, in attesa che l'accusato cedesse e confessasse: nei calcoli della S. Inquisizione il tempo non contava: molti processi si estinguevano colla morte

che secondo la maggiore o minore importanza della ripulsa, non si rigettasse che una metà o ⅓ o ¼ della deposizione testimoniale, poi che si sommassero queste frazioni ed altre simili per formare una prova intiera: così tre deposizioni, ritenuta ciascuna per ⅓, equivalessero a prova intera.

Digitized by Google

di lui. Invece negli ordinari si passava subito alla misura violenta che i giuristi trovavano giustificata dall'esempio romano e canonico. La tortura fece il suo ingresso nelle leggi del sec. XIII pur con molte riserve. Quando Innocenzo III, nel 1252, ne approvò l'uso alla scoperta dell'eresia e ordinò alle autorità civili ricorrervi per far confessare gli eretici e i loro fautori, parve alle stesse autorità lecito di valersene nei processi contro banditi, ladri ed assassini. E da allora si ordinò ai potestà di *inquirere cum tormentis et sine* (1), e si allargarono i casi del suo impiego sulla base di indizi che il giudice valutava, secondo la qualità della persona già diffamata come *fur publicus, seu latro vel homo male fame.* Tali limiti furono presto sorpassati, e la tortura fu adoperata anche per casi punibili con pena pecuniaria, e nelle violazioni delle leggi annonarie e sanitarie *arbitrio iudicis* (2).

43. L'argomento così importante attirò l'attenzione dei giuristi, che composero trattati *de quaestionibus et tortura, de indiciis et tortura* o scrissero *de maleficiis,* per precisare la natura degli indizi, *quae et qualia torturam praecedere debeant.* Quindi nel sec. XIII ne parlano Albero Gandini e nel XIV Iacopo di Belviso (m. 1335) nella sua *Practica criminalis,* e nel XV Angelo de Gambilionibus (m. 1445): poi tutti i commentatori, a cominciare da Bartolo. Trattati speciali composero Baldo degli Ubaldi e Guido da Suzara (m. 1292), al quale fece aggiunte il bolognese Bolognini nel 1388. Più esteso e completo è il trattato di Francesco Bruno da San Severino, composto a Siena, proclamato il più perfetto e terso per mezzo del quale *iudices maleficiorum tutissime incedere valeant in theorica et practica.* Altri trattati si devono a Mario Blanco, Francesco Casonio, Iacobo de Arena, Baldo de Periglis, Paolo Ghirlando, Umberto de Antramonia (4).

Nei trattati generali di pratica criminale come corollario alle

---

(1) Stat. di Verona, 1228, 75; Bologna, 1259, VI, 50; Brescia, 1313, II, 19; Breve Pisan. Com., 1315, III, 69; Perugia, 1342, III, 34; Piacenza, 1336, III, 42; Novara, 1277, ed. CERUTI, r. 105.

(2) BARTOLUS, ad l. 22, Dig., XLVIII, 18.

(3) BALDUS DE UBALDIS, *De quaestionibus,* ecc., in *Tract. univ. iuris,* tomo XI, parte I, f. 292; GUIDO DE SUZARIA, IOAN. GUERNERIUS et PAULUS GRILLANDUS, *De indiciis, quaestionibus et tortura cum notis* LUD. BOLOGNINI, 1597, e nel detto vol. XI: HYP. DE MARSILIIS, *De quaestion.,* Lugd., 1524.

(4) Ed. nel *Tract. criminalium* di ZILETTI, Ven., 1570, e nei *Tract. univ. iuris,* vol. XI. A. DE GANDINO, ed. KANTOROWICZ, II, 1926, pag. 172.

Digitized by Google

dottrine sulle prove la tortura ebbe i suoi canoni, nei quali si avverte la tendenza a raffrenare l'arbitrio degli inquirenti, timido ossequio a voci di umanità elevantisi in mezzo a una società civile. Si nota tale tendenza in Claro, in Farinaccio, in Follerio, in Carrerio, in Cartario (1) e più specialmente nell'*Ad defensam inquisitorum* del tifernate Seb. Guazzini (5 ed., dal 1639 al 1668). La tortura conservò il suo posto nelle tante *Praxis criminalis* del sec. XVII (Nigri, Maiorana, Sarno, De Angelis, Maradei, De Rosa, ecc.), e ad essa consacrò un trattato Angelo Scialoia nel 1663 (2). Il modo di interrogare sotto i tormenti è esposto nella *Praxis* di T. Ambrosini (Ven., 1750) e nei libri di Sabelli, Grecchi, Melchiorri, ecc.

Che la maggior parte di questi scrittori abbia riconosciuto la tortura come un male necessario sarebbe facile a dimostrarlo: « da essa — scriveva Casoni nel 1548 (pag. 412) — è venuto agli Stati più male che bene: fece punire più innocenti che rei: ripugna alla religione, all'umanità, al diritto ». Tali parole spiegano le cautele onde cercarono circondarla, l'esigenza di un *in genere*, di una preliminare informazione, di testi interrogati due volte sotto giuramento, di non applicarla oltre tre volte e in giorni separati, di interrogare prima il più debole, il figlio prima del padre, la donna prima dell'uomo, di sospendere se l'imputato vuol dimostrare l'infondatezza degli indizi, di rendere responsabile il giudice *actione iniuriarum* se l'imputato resta debilitato o muore (3). Spiegasi così anche la loro contrarietà a torturare i testi, se non quando si avessero fondati indizi che conoscessero la verità, che fossero vacillanti, che parlassero prima di essere interrogati, ritenuto ciò segno di falsità (4). La pratica però dei tribunali poco conto teneva di tali cautele, usandosi invece *pro quolibet sufficienti inditio reum ter quassari, et sic observatur per totam Italiam, de*

---

(1) FOLLERIUS, *Praxis crimin. dialogica*, Ven., 1590; CARROCIUS, *Practica nova*, Ven., 1548; CHARTARIUS, *Praxis et theorica interrog. reorum*, 4 ed. dal 1590 al 1618.

(2) *Praxis fori cum tract. de tortura*, Nap., 1663.

(3) Stat. di Lucca, 1539, IV, 43: *Si officialis modum debitum excesserit, ex quo persona torta decesserit, ipse paena capitis debeat puniri*. Cfr. FARINACCIUS, qu. 37; MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaest.*, cas. 350; A. DE BALLIS, *Tract. varii crimin.*, Palermo, 1646, lib. II, qu. 15.

(4) BRUNUS, pag. 340; BLANCHUS, 381; CASONIUS, 416.

Digitized by Google

consuetudine totius Italiae (1): maggior rigore dunque senza però giungere agli eccessi della Inquisizione spagnola (2).

Nelle leggi non vi è criterio uniforme riguardo alla tortura: dove è ammessa per reati lievi, come i campestri (3), dove solo per reati atroci (4): dove richiedonsi almeno tre testi *de visu* o quattro *de auditu* (5), dove bastava la mala fama dell'inquisito (6), dove solo su indizi (7). Occorreva il voto del collegio dei giudici: la sentenza doveva stabilire i *gradi*, che erano cinque, pei tratti di corda, secondo la qualità del fatto, della persona, la natura degli indizi (8). Nè subito doveva procedersi al supplizio, dovendosi prima fare l'ammonizione, poi la *territio*, cioè condurre l'imputato nella camera del supplizio; e lieve era la *territio si quis tantum ad funem ducatur* (9): e se anche alla vista dell'aculeo non confessava, riceveva i tratti di corda.

Tutti i decreti di tortura dovevansi notificare, perchè contenendo gravame irreparabile erano suscettibili di appello: ma l'appello non era ammesso quando la tortura era decretata dai tribunali supremi (10). Ma ecco una *cautela di Maranta* era intervenuta a suggerire al giudice di profferire segretamente il decreto di tortura per non dare al reo motivo di appello; consigliando che

---

(1) CASONIUS, pag. 417, 418; IACOBUS DE BELVISIO, *Praxis civ. et crim.*, Lugd., 1606, pag. 2.

(2) Infatti i processualisti italiani non tengono conto delle opere di Eymerico, Bernardo di Como, Bernardo di Gui, ecc., che accordavano all'inquisitore la massima latitudine.

(3) Stat. di Trieste, 1625, III, 13.

(4) Stat. di Roma, 1580, II, 13; Perugia, 1342, III, 34.

(5) Id.

(6) Stat. di Novara, 1277, r. 105: *publicus latro infamatus de furto*: omicida su testi o pubblica fama. Non in Sardegna (*Capitula curiae regni*, 1421-1633, Cagliari, 1645, IV, 3). E anche CASONIO, pag. 363, 398, scrive: *mala fama non sufficit, nisi fuerit convictus de infamia.*

(7) Stat. di Casalmaggiore, 1717, pag. 22; Arquate, 1445, V, 172.

(8) Pei casi stabiliti dalla legge municipale da sottoporre a tortura, v. Stat. di Reggio, 1582, III, 10; Forlì, 1615, III, 8; di Novara, 1593, III, pag. 129; Cadore, 1545, III, 15; Spalato, 1214, IV, 124; Brescia, riforma del 1621, c. 38; Pesaro, 1531, I, 97.

(9) BLANCUS, *De inditiis*, pag. 395. GRILLANDI, *De quaestion. et tortura*, ed. ZILETTI, cit., pag. 432; BRUNUS, op. cit., pag. 338.

(10) Così pel Ritus M. R. Curiae, 259, e per la Pragm. 16, § 22, de offic. iudic. Un cap. di Carlo II (cap. si iuste) lasciava all'arbitrio del giudice sospendere la tortura se l'accusato voleva appellare contro il decreto.

Digitized by Google

senza avvisarlo lo conducesse nella camera della corda, lo facesse legare, e nell'atto dell'elevazione gli notificasse il decreto della tortura, indi procedesse al tormento (1): cautela detta perfida, accetta solo da *canes curiarum, lupi rapaces, devoratores hominum... qui contra divina et humana iura homines cruciant* (2).

Le risposte erano raccolte durante il tormento, che interrompevasi se l'accusato dichiarava voler confessare. Vi assistevano il giudice, il cancelliere, un chirurgo o medico pronto a curare le ossa slogate, ma non l'avvocato nè il procuratore del reo. Il giudice doveva sorvegliare l'esecuzione coll'orologio, sottratto alla vista del torturato, e notare il tempo del supplizio, altrimenti riputavasi in dolo (3).

44. In quanto alla qualità delle persone, la lieve era inflitta ai minori di età, ai nobili, ai dottori e a quelli di distinta condizione. Consisteva in tratti di corda, senza squassare le braccia pel tempo di uno o due *miserere* che non eccedano i sette minuti (4). La mediocre o di secondo grado infliggevasi alle persone di vile condizione, di cattiva fama, accusati di delitti atroci e scandalosi con indizi provati; e durava da 15 a 60 minuti con squassamento di braccia. L'acre competeva nei delitti atrocissimi, esistendo gravi indizi. La lieve e la mediocre erano nel Napoletano permesse ai tribunali inferiori: l'acre soltanto alle corti collegiate (5). Alla *territio* poteva venire il giudice anche sulla base di indizi lievi, di presunzioni e congetture che muovano la mente sua, ancorchè estranee al processo (6).

Sui tormenti diremo solo che quanto di più crudele potè imaginare la fantasia di carnefice fu esperimentato. Poco di ciò parlano i proceduristi (7): un senso di pudore impedì le lunghe descrizioni. Ricordiamo il digiuno, la sete, la veglia, il fuoco alle piante dei piedi, il *velo* consistente nel fare inghiottire acqua, la *capra* col bagnare di acqua salata i piedi che una capra lambiva fino

(1) *Speculum aureum*, p. VI, de quaest., n. 14.

(2) DE NIGRIS, *Comm. in Capit. regni neapol.*, c. 272, Ven., 1594.

(3) Pragm. 37, § 20, de offic. Mag. Iust.; DE ANGELIS, *De ordine iudic.*, c. 301, Nap., 1636.

(4) FOLLERIUS, *Praxis crimin.*, voce *rei indurati*, n. 27; GUAZZINI, *Defens. reorum*, def. 30, c. 22; MARADEI, *Praxis crimin.*, pars II, c. XI.

(5) DE ANGELIS, op. cit., c. 300, n. 5.

(6) MAIORANA, *Opopraxis iudiciaria criminalis*, p. II, c. 8 e 9, Napoli, 1677.

(7) BRUNUS, pag. 339.

Digitized by Google

a che rotta la cute e consumata la parte carnosa giungeva a scoprirne le ossa (1). Questi tormenti non scomparvero dalla pratica giudiziaria che tardi e solo nel secolo XVIII la tortura era inflitta quasi esclusivamente coi tratti di corda (2), supplizio non meno crudele perchè l'infelice ne aveva per lo meno slogate le ossa. Si legavano all'infelice le mani dietro la schiena con una fune che passava per una carrucola infissa nel soffitto e lo si innalzava e poi lo si lasciava cader giù di colpo, dandogli in questa maniera quelli che si dicevano *tratti*, scosse o saccate, le quali si potevano ripetere per ben tre volte in un sol giorno alla distanza di dieci o quindici minuti: e per rendere il tormento più penoso attaccavansi ai piedi pesanti ferri (3). Questo era il tormento legale: ma Farinaccio narra di giudici del suo tempo che inventavano nuovi tormenti *propter delectationem*; e il ribrezzo ci impedisce di sollevare la pietra che nasconde tante scelleratezze. L'uomo può divenire atroce coi suoi simili!

45. Ma la confessione così estorta non portava a condanna: essa doveva essere confermata *in loco publico*, in *iudicio, coram notario, coram amicis, extra loco tormentorum*. L'imputato era rimesso in carcere ma separato, per non essere indotto dagli altri carcerati a negarla: restava un giorno e una notte: poi condotto al banco del giudice, il quale quando torturava non era giudice ma esecutore di giustizia, e non più dolorante a ripetere la confessione. Se la revocava, gli era rinnovato il tormento. Una legge toscana del 1744 però non richiedeva ratifica della confessione fatta nel tormento o in faccia ad esso o la rimetteva all'arbitrio del giudice (4). Sulla base di confessione estorta non suffragata da prove, non dovevasi condannare. Persistendo nella negativa, non potevasi procedere a una terza tortura se non nel caso di indizi indubitati e urgentissimi: che se poi nemmeno allora rati-

(1) La rivoluzione di Masaniello a Napoli pose fine a quello del *polledro*. ZACCHIA, *Quaestiones medico-legales*, 1661, al lib. VI, descrive i tormenti usati al suo tempo e sono i più orribili, e narra dei modi più usuali. La capra era ancora usata in Firenze nel 1683; v. SABELLI, voce *tortura*.

(2) GRECCHI, *Le formalità del processo criminale secondo le leggi della rep. veneta*, 1728; MELCHIORRI, *Miscell. di materie crimin.*; PRIORE, *Pratica crim. ven.*, 1695, pag. 216.

(3) Qu. 38, n. 51. Stat. di Ferrara, 1624, II, 57: *nullus recipiat aliquid pro ligando aliquem ad torturam vel ponendo compedes.*

(4) CANTINI, XXV, pag. 138.

Digitized by Google

ficava la confessione estorta, anche se il delitto fosse atrocissimo, meritevole di pena *ultra mortem*, non poteva il giudice condannarlo che a pena mite, straordinaria (1), che era il remo o l'esiglio (2). A giustificare tale condanna dicevasi: gli indizi in base ai quali si era giunti alla tortura, non sono stati estinti e non devono restare impuniti solo perchè l'imputato ha resistito: poichè le leggi autorizzano a condannare su indizi indubitati anche senza la tortura, gli altri indizi non sono spossati per la tolleranza al tormento e restano poderosi e validi per la pena minore, qualora l'ordinaria fosse la capitale (3).

Ma quando si aveva la confessione e come si distingueva la spontanea dalla estorta? E come giudicare i testi abili per la tortura? Capitoli interi sono stati composti sopra questi e tanti altri punti, che non è possibile seguire gli autori nel proposito così formulato: *caveat sibi iudex ne damnetur in corpore et anima* (4): ed a seguirli un giudice scrupoloso doveva stare incerto ad ogni caso, se poteva o no e come e in qual grado torturare, se vi erano quegli indizi voluti, se la verità poteva altrimenti scoprirsi, ecc.: e dopo se tutte le regole aveva osservato.

La tortura oltre agli inquisiti poteva infliggersi ai testi. Ed in principio fu propria del procedimento accusatorio, come esperimento della credibilità loro; poi anche nell'inquisitorio, per l'indole sua; dove il teste se appariva mentire, era trattato come reo. L'esperimento della tortura doveva riservarsi ai testi di pessima fama e agli inabili *propter paupertatem vel inimicitiam* (5): ma vi eran reati nei quali a tutti potevasi applicarla, come per la lesa maestà divina ed umana, tradimento, assassinio, veneficio, sodomia e negli atrocissimi in genere commessi da persone vili (6).

---

(1) Su tutto ciò v. SCIALOIA, *Praxis torquendi reos*, c. XI; FOLLERIUS, *Praxis*, rubr. si confitebuntur; CARRERIUS, *Praxis interrog. rerum*, de tortura, § circa sextum (Roma, 1590, pag. 146); GUAZZINIUS, op. cit., defens. 30; BRUNUS, *De tortura*, in ZILETTI, Ven., 1570, pag. 350.

(2) Tale era la pena secondo la pratica napoletana e ligure secondo MARADEI, *Praxis crimin.*, c. IX. E lo conferma anche FARINACCIO, *De indiciis et tortura*, qu. 40.

(3) Su ciò v. SARNUS, *Praxis crimin.*, c. XII, Nap., 1672; DE ROSA, id., Nap., 1680, c. VIII; MAIORANA, o. c.

(4) BRUNUS, pag. 351.

(5) Era vietata infliggerla ai testi dallo Stat. di Casalmaggiore, 1717, pag. 29, ma permessa da quelli di Benevento, 1717, III, 84, di Ferrara, 1624, III, 41.

(6) Const. regni Sic., I, 28.

Digitized by Google

Facevasi eccezione pei vecchi (non più dopo il 63° anno), pei malati o deboli (sordomuti, storpi, obesi), per le donne in istato di gravidanza o allattanti: poi solo alla lieve erano sottoposti i nobili e i dottori; del tutto esentati andavano i chierici, i titolati investiti di cariche, e per privilegio generale i cittadini di Napoli e Palermo (1). E come al reo confesso si applicava la tortura per strappargli il segreto di altri delitti, così non si risparmiava, nei gravissimi, il teste per avere indicazioni sui correi.

46. Tutte le regioni d'Italia ebbero il procedimento criminale inquinato da tanta barbarie. In Piemonte la tortura è ricordata nei più antichi monumenti legislativi: poi nel 1582 fu sottratta ai feudatari e riservata esclusivamente ai giudici ducali, che, secondo la *Cout.* d'Aosta (VI, 1, 39) potevano infliggerla anche ai nobili, però alla presenza dei pari. È scritta anche nelle Costit. del 1770 (IV, 14) nel caso di indizi gravi, dopo di aver interrogato l'imputato e avergli comunicato gli atti, alla presenza dell'avvocato fiscale e di quello dei poveri, e previo l'assenso del collegio dei giudici e delle supreme magistrature. A Roma è ricordata nello Stat. del 1500 (I, 13). Le Costit. estensi del 1773 (IV, 11) hanno disposizioni non diverse dalle piemontesi. A Napoli, ove la portarono i Normanni, il rigore fu corretto dagli Angioini, che la limitarono ai delitti puniti *ultra relegationem* (2), e quindi la vietarono per quelli puniti con galera, esiglio, pena pecuniaria *ne maior poena imponatur in detegendo quam in puniendo crimine* (3). Altre limitazioni si ebbero con Pramm. del 1540, 1577, 1602, 1621 (*de quaestionibus*): finchè nel 1738 Carlo III disse che « simili crudeltà e maniere irregolari invece di contribuire al dovuto corso della giustizia, cagionano oppressione e gravezza ai vassalli nostri amati »: non le aboliva però, chè anzi le manteneva pei testi sospetti di falsità o reticenti che solo « non

(1) Lo SCANAROLI di Modena, che scrisse *De visitatione carceratorum*, al lib. II (Roma, 1635) elenca i rimedi legali per esonerarsi dalla tortura. Vedi SCIALOIA, c. 10 e le op. cit. di Bruno, Guido da Suzara, ecc.

(2) Cap. Caroli II, c. 144, 146, 190: *tormentis insuper ad quae officialium aliquorum immanitas, propriae voluntatis motum trans debitum effremebat, metam volentes humana compassione imponere...*

(3) MAIORANA, *Opopraxis crimin.*, c. 9; SARNUS, cit., c. 41, n. 6. Non mancavano scrittori, come DE ROSA, *Praxis crimin.*, lib. I, c. 8, n. 79, che volevano lasciare la tortura all'arbitrio del giudice. Altri richiedevano che la relegazione fosse almeno per due anni, come MARADEI, p. II, c. 7.

Digitized by Google

potevansi legare o strappazzarsi in altra maniera senza decreto dell'intero tribunale » (1). Però tali riserve furono sufficienti a indurre le magistrature a non più applicarla. Con ciò non si intendeva che fosse abolita (2).

Quando apparve il libro di Beccaria, e fu nel 1764, la tortura ancora manteneva il suo posto: in verità la dottrina aveva da tempo raccomandato di adoperarla solo nei casi gravi, e nella pratica si lasciava ai magistrati la facoltà della *restrizione*, cioè di mitigarne le atrocità (3). Farinaccio fin dal 1600 bollava col nome di scellerati quei giudici privi di onestà e di ragione che martirizzavano un accusato per due o tre ore e lo lasciavano sospeso un giorno e una notte (4). Le parole generose di Beccaria, malgrado alcuni contrasti letterari (5), determinarono nel 1776 Maria Teresa a vietare la tortura nei suoi dominii di Lombardia senza farne un editto, per la preoccupazione che i malfattori divenissero più audaci e ostinati, conoscendo che invece di torturare, il giudice, valutati gli indizi e convinto della reità, doveva attenersi a una pena straordinaria, cioè più mite. Tale ordine riservato contrastava con quanto nel 1773 il Senato milanese su mozione di Gabriele Verri aveva esposto in favore della tortura da conservarsi come mezzo per conoscere la verità e come penalità, e concretato nelle *Regole per la pratica criminale* (6). L'opinione pubblica era ormai insofferente di tali pratiche assurde; e nel 1773 gli Stati

(1) Pragm. 19, de ordine et forma iudicii an. 1738.

(2) Infatti per dispaccio 1768 (GATTA, II, p. 2) disponevasi che la tortura dovesse essere specie di prova e non usarsi in luogo di pena.

(3) Stat. di Milano, IV, 24: *nullus subiiciatur tormentis... nisi in crimine haeresis, sodomiae, homicidii, assassinii*, ecc. Negli Stat. dell'arte della lana di Milano, VI, 8, vuolsi che la tortura sia applicata *cum omni moderatione ita quod corpus valeat sufficere*. E se il torturato muore, il giudice *eadem paena puniri debeat*.

(4) L'inutilità della tortura avevano affermato BOTTERO, i giusnaturalisti, L. A. MURATORI nel 1740 (*Pubblica felicità*, c. X) e il napol. FILIPPO BRIGANTI, tit. XIV, 1750 (ed. 1842).

(5) Un impiegato fiscale, PAOLO RISI, *Animadvers. de probationibus*, Milano, 1766, non escludeva del tutto la tortura. Così Ant. Mattei l'autorizzava pei delitti di lesa maestà; e FRANC. RUSCA (*Osservaz. pratiche sulla tortura*, Lugano, 1776) la riteneva indispensabile; così anche AM. GIUDICI, *Apologia di giurispr. romana*, Mil., 1784. E così in Sicilia, MALERBA, *Discorso sopra la tortura* in *Opuscoli di autori siciliani*, XVIII, 1780.

(6) Sono riportate da CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, 1885, pag. 183. Vi si diceva: non torturare chi ha confessato nè dopo la sentenza capitale; mancando amminicoli di prova, torturare fino al terzo grado, ecc.

Digitized by Google

di Aosta ne chiesero l'abolizione a Carlo Emanuele III, che la concesse: nel 1786 l'abolizione fu inserita nel Codice criminale di P. Leopoldo per Toscana, nel 1789 nella legislazione di Giuseppe II per la Lombardia. Pel regno di Napoli non occorse esplicita abolizione perchè dopo le restrizioni introdotte da Carlo III nel 1738, non era stata più applicata, come si è già detto.

Le leggi francesi della Rivoluzione l'abolirono, e quel turbine che avvolse e travolse tante cose già condannate come ripugnanti alla coscienza nazionale, anche in Italia la tolse di mezzo definitivamente.

In Sicilia la tortura era ordinata dalle *Const.*, I, 2, contro le *personae leves et viles* imputate di omicidio. Un cap. di Giovanni (c. 49) del 1460 dispose: *de non torquendo nisi concluso processu*, salvo per la lesa maestà. Nel 1523 fu chiesto a Carlo V che per evitare gli abusi introdotti ordinasse l'osservanza dei Capitoli del Regno e dei Riti della G. Corte e « non si possa fare dispensa alcuna si non contra grassatores publici e persone vili », e che contro i nobili e dottori fosse divieto di tortura prima della conclusione del processo e su denunzia di gente malfamata (1). Qualora si avessero indizi e prova semipiena, il giudice poteva applicare la tortura: e anche quando contro l'imputato gli indizi fossero gravissimi e si fossero raggiunte le prove della colpabilità, il giudice nei reati atroci era autorizzato a proceder a tortura colla clausola *citra praeiudicium probatorium*, affinchè, negando l'imputato per robusta complessione, non venisse a pregiudicare alla prova già ottenuta. Ma siccome, verificandosi tal caso in reato capitale, non sapevano i giudici più condannarlo alla morte, e nocendo così la tortura alla giustizia (2), si cominciò a vietarla nelle curie baronali (3); quindi in uso rimase nei tribunali regi, ma da applicarsi solo nei reati puniti oltre la relegazione e in mancanza di prova piena, e poi fu limitata, pare, ai soli reati di lesa maestà per fare rivelare i complici. Però, e questo è significativo, nel *Codex iuris siculi* di Fr. Candini del 1798 sono riportate tutte le leggi passate sulla tortura come ancora in vigore, si dice

(1) Pramm. di Carlo V, c. 58, de modo procedendi ex abrupto ad torturam; Filippo I, c. 131.

(2) Const. pramm. di M. A. Colonna, p. II, r. 2, dei delinq. convitti che non devono essere torturati.

(3) Sic. sanct., vol. V, pag. 56, an. 1747, 1748.

Digitized by Google

che non va applicata nei malati di lue, febbre quartana, braccio retratto, nei quali casi *stante inhabilitate procedatur ad tormentum ignis*, ungendo le piante dei piedi di lardo e grasso e per 5 o 7 volte esponendole al fuoco (pag. 459). Dunque mentre il sec. XIX preannunziava la sua aurora di rinnovamento, la Sicilia praticava ancora la tortura, che i suoi giuristi (Malerba) contro Beccaria difendevano e dicevano necessaria.

Ma se anche minor uso facevasi degli strappi alla carne e dei tormenti con ferocia inventati, le orribili carceri, le segrete senza aria e luce, i terribili *dammusi* erano in uso per spaventare rei e testi. È infatti del 15 nov. 1749 una prammatica colla quale, premesso che non si procedesse a tortura se non prese le informazioni, e riconosciute dai giudici giureconsulti, si ordinava che tanto gli imputati contro i quali si avessero prove semipiene, che i testimoni fossero tenuti nei *dammusi* ma per non più di 40 giorni (1). Nel 1807 il re interrogò la Giunta se conveniva abolire l'uso dei ferri in tortura: solo nel 1813 fu sanzionato coll'approvazione del Parlamento: «è vietato a qualunque giudice l'uso della tortura nelle procedure criminali»; ma tutti non accolsero con soddisfazione la legge (2).

In Sardegna quantunque non menzionata dalla *Carta de logu* nè dalle leggi di Sassari, la tortura fu largamente applicata sotto Aragonesi e Spagnoli, tanto che l'isola fu chiamata per antonomasia la terra delle torture (3). Fu abolita con editto del 1821.

§ 12. *Le prove nelle leggi e nella dottrina italiana dei secoli XVII, XVIII e XIX.*

47. Una divisione cronologica in questa materia potrebbe anche essere oziosa e superflua, perchè più sollecitamente sarebbe il caso di dire che continuarono i sistemi e le idee del passato,

(1) Sic. Sanct., V, n. 77. Le istruzioni crimin. del 1 maggio 1787 proibirono i tormenti straordinari, praticati per abuso e diedero norme sui dammusi.

(2) Nel 1816 e 1817 la G. Corte criminale espose al re gli inconvenienti della sospensione della tortura, ritenuta prematura. Cfr. COSENTINO, *Proposte per ristabilire la tortura nei giudizi crim. di Sicilia dopo la riforma del* 1812, in *Circolo giuridico*, XX, 1889, pag. 185.

(3) SPANO, *Delizie della tortura in Sardegna nel sec. XVI*, in *Rivista sarda*, II, pag. 173-193.

Digitized by Google

e ciò fino agli ultimi decenni del 1700. Le città lombarde e toscane furono governate dagli antichi statuti municipali con poche riforme, nè novità portarono gli editti piemontesi, le bolle pontificie o le prammatiche nei territori di qua o di là dal faro. Anzi si può dire si consolidarono le pratiche precedenti, e la dottrina isterilì nella ricerca di regole impossibili, nella sfibrante casistica, travagliata da una doppia e discorde tendenza, aiutare i governi nella lotta contro la criminalità, attenuare il rigore delle pene e le iniquità del procedimento. Perciò continue contraddizioni, regole seguìte da innumerevoli restrizioni e violate dalle eccezioni, impedimento al giudice di assolvere in mancanza di prove, perchè colle semipiene doveva applicare la tortura e condannare a pena arbitraria. Di tali logomachie sovrabbondano i trattati sulle prove nel processo criminale, chè più sobria fu la dottrina pel civile. In questo si tennero ferme le precedenti norme limitatrici del numero dei testi (1), e, salvo di una maggior larghezza in favore delle donne, si pospose la prova testimoniale alla scritta. Così infatti si esclusero i testi dal provare l'estinzione di debito fondato su scrittura, o l'esistenza di credito rilevante o alienazione di immobili, ecc. Tutto il favore fu per l'istrumento pubblico e anche per la scrittura privata, che faceva fede contro lo scrivente, gli eredi e *inter tertium*, quantunque fatta in assenza della parte e mancante della causa (2): quella firmata da tre testimoni di buona fama *cum adminiculo*, come dicevasi (3), se poziore in tempo a pubblico strumento, era dichiarata ad esso preferibile. Furono stabilite norme per la verifica, per mezzo della *comparatio scripturarum* (4). Si mantenne il principio non valere la scrittura oltre 2 o 5 anni al massimo e solo se trattavasi di piccole somme. Se il debitore era analfabeta, dava valore alla scritta privata la

(1) Stat. di Reggio, 1582, II, 18; Lodi, 1538, fogl. 21; Novara, 1573, II, 13; Roma, 1580, I, 73; Cremona, 1578, pag. 282; Verona, 1582, II, 35; Bologna, 1515, foglio 20. A Napoli anche al sec. XVIII era osservata la Pramm. 50, de officio S. R. Cons., an. 1524, per la quale non potevano prodursi più di 7 testi per articolo, 50 in tutto, e nelle cause sommarie di possesso non più di 15 per ogni litigante. Uno poi bastava nelle cause di modico valore e nei contratti in fiera.

(2) Costit. estensi di Francesco III, I, 20; cfr. Stat. di Parma, 1590, II, 71; Const. Parmae et Placent., 1619, r. 10; Stat. di Trieste, 1550, II, 9, II, 9.

(3) Stat. di Bergamo, 1727, coll. II, 56; Brescia, 1722, c. 62.

(4) Stat. di Belluno, 1747, II, 85, 88; Brescello, 1697, II, 28.

Digitized by Google

firma del notaio o attuario con due testi (1). Nel Napoletano furono disciplinate le scritte *penes acta*, dichiarate equivalenti alla confessione giudiziaria, tanto che contro esse non ammettevasi eccezione ad impedire l'esecuzione, purchè la nullità non apparisse dalla stessa obbligazione; nè l'appello impediva l'esecuzione, essendo concesso in quanto all'atto devolutivo non al sospensivo.

Gli strumenti notarili furono circondati di maggiori garanzie colle riforme introdotte nella professione di notaio, nella tenuta dei registri, nell'autenticazione degli atti, nel riordinamento degli archivi (2); cosicchè furono meglio difesi contro i pericoli che prima li minacciavano e che avevano originato le cautele *de reprobatione instrumentorum* (3). Anche rigorose misure furono prese pei libri dei mercanti da vistarsi dalle autorità.

Continuò il sistema di rimettere al giuramento decisorio la risoluzione delle cause di piccolo valore, di contratto di servizio e lavoro, di locazione, di danni campestri (4), e in Sicilia le creditorie su pegno e quelle di prelazione in materia di congruo (5). Lo stesso dicasi del suppletorio che completava la prova semipiena, tenuto però conto della moralità del giurante, della modicità della somma e della esistenza di un indizio o di un teste (6). Restava sempre escluso nelle cause di matrimonio, di figliazione e nelle ardue. È ancora menzione del *iur. veritatis* da parte di chi presentava scritture (7).

---

(1) Nel Napoletano per diritto antico (Const. regni Siciliae, III, 60) i notai dovevano esser non di vile condizione; e in un Dispaccio del 1761 questa qualità era intesa così: che non potessero aver funzioni di notaio « coloro che nè essi nè il padre loro abbiano esercitato arte vile o sia stato bracciale », possedessero patrimonio secondochè vogliono esercitare il loro ufficio in una o più provincie del Regno; NOVARIUS, *Collect. in Pragm.*, 119 e 110.

(2) Stat. di Ferrara, 1624, II, 37; Bologna, 1515, fogl. 66; Pragm. napol., 6, 9, 15, de actuar., an. 1540, 1585.

(3) DECIUS, *De reprobatione instrumentorum*, Coloniae, 1619; ROLANDINUS, *Summa artis notar.*, Ven., 1583; PETRUS DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, in forma apposita contra instrum., pag. 154; MENOCHIUS, *De arbitrar. iudicum quaestion.*, cas. 105.

(4) Stat. di Gubbio, II, 13; Verona, 1747, coll. II, pag. 160.

(5) BARBAGALLO, *Practica novissima*, 1779, pag. 111.

(6) Costit. estensi di Francesco III, lib. I, tit. 22. Ma con legge del 1789 fu ammesso il giur. supplet. anche per somme maggiori.

(7) Stat. di Vigevano, II, 55; Sinigaglia, II, 64; Firenze, II, 42; Pallanza, 34-36.

Digitized by Google

48. Nel penale persistevano le antiche pratiche, gli abusi descritti. Una legge toscana del 1744 faceva nascere la certezza morale da due indizi indubitati benchè di genere diverso fra loro: *e si abbiano per prova piena e bastante per la pena di morte ancora esasperata come se fosse il reo convinto per testimoni o per sua confessione* (Cantini, XXV, pag. 138). Furono mantenute le graduazioni introdotte dai pratici pel numero dei testi: sulla deposizione di uno si infliggeva la tortura, si iniziavano le inchieste, si punivano i bestemmiatori, purchè quell'uno fosse di buona fama: al massimo si ricorreva a pena straordinaria, cioè minore. Per le Costit. estensi del 1771 (IV, 6) cresceva il numero dei testi in ragione della minore moralità, perchè generalmente si ammettevano anche quelli una volta esclusi, autorizzando il giudice a sottoporli a tortura *veluti per spatium unius credo* (1).

Tali pratiche, come risulta dai manuali più in uso, erano ancorate a leggi antiche, ma sempre in vigore: così a Napoli la ripulsa dei testimoni era regolata dai Riti (73, 282) e da una Pramm. del 1477 (pramm. 11, de ord. iudic.). Si puniva ancora chi senza prove proponeva motivi di infamia. Una nuova disputa si sollevò se valeva la nimicizia suscitata da divergenze letterarie, da querele di accademie per chiedere ripulsa di teste. Intanto volevasi che si potesse respingere la testimonianza dei bastardi, degli adulterini, dei giuocatori, degli addetti a mestieri vilissimi, e in questi includevansi gli osti, i cocchieri (per credere ai quali occorreva *purgare in tortura*), i birri, i servienti delle corti criminali. E tali preconcetti erano patrimonio non dei ceti curiali ma di tutta la società del sec. XVIII. Tali persone erano fuori della *civilità*.

49. Anche al sec. XVIII continuava l'abuso di delegare ai cancellieri l'interrogare i testi, e sopra quello così raccolto da persone spesso ignoranti e corrotte, sentenziava il giudice (2). In Sardegna la subornazione dei testi era così frequente e temibile che il giudice poteva segregarli incarcerando quelli presentati dagli imputati, e solo nel 1678 si accordò che da questa misura

(1) Il GUAZZINI, *De defensione inquisitorum*, ecc., alla def. 14 discute sulla validità del giuramento di chi è monco, e conclude non potersi giurare *ore, pede, vel cubito* ma *tacto pectore*, come i chierici, o sulla croce dell'abito come i cavalieri. Di tali stranezze occupasi anche RIDOLPHINUS, *Practica iudic.*, p. I, c. 11, n. 93. Uno scrittore siciliano, CUMIA (*De sindicatu*, c. 25) dice: « consuetudine italiana è di applicare tre tratti di corda ai testi che sono contradetti da indizi: ma a Milano e in Sicilia se ne applicano due ».

(2) PAGANO MARIO, *Consid. sul processo penale*, c. 21.

Digitized by Google

fossero eccettuati i *nobles y caballeros* (1). L'interrogatorio in segreto dei testi era pratica comune: al massimo ammettevasi l'imputato ad assistere al giuramento, ma poi solo il giudice e in Sardegna e Piemonte anche il procuratore fiscale ne raccoglievano la deposizione (2): del che fu sentita l'enormità dalle popolazioni che, in Savoia nel 1530 reclamarono perchè un avvocato dell'imputato presenziasse (3), e poi dagli scrittori che nel secolo XVIII criticarono questa segretezza e dimostrarono l'assurdità che l'accusato ignorasse le ritrattazioni che poteva fare un teste d'accusa (4): infine nel 1789 fu a Napoli ordinato di interrogare nei processi criminali i testi alla presenza dell'imputato e del suo difensore.

Nella materia delle prove, indizi, notorio, per tutto il sec. XVIII furono osservate le regole stabilite dalla giurisprudenza precedente, per es. le solite distinzioni di indizi urgenti, necessari, ecc.; e così il modo di provarli per due testi o per uno *de visu*, di addizionarli per fare degli imperfetti uno pieno e sufficiente a tortura moderata e a condanna straordinaria o in pena pecuniaria. E ancora valutavasi la pubblica fama dei vicini *cum aliquibus aliis praesumptionibus et adminiculis* (5); e le leggi ricordavano al giudice di tener conto dell'atteggiamento dell'imputato (pianto, silenzio, trepidazione, pallidezza) che con altri indizi concorreva a render piena e sufficiente la prova (6). Un'avversione a tali criteri notasi in una Pramm. napol. del 1621, che permetteva al giudice maggior larghezza nel valutare circostanze e farsi tal *ferma credenza che quietasse il suo intelletto* (7). Non mutò però la resistenza degli scrittori disputanti se la ferma credenza era comprensiva della certezza morale o esclusivamente della matematica.

---

(1) Pramm. sarde, XXIX, 3; PERTILE, § 238, n. 106.

(2) Costitut. piemont., 1770, lib. III, 18; IV, 4; Cap. sard., V, 4, 1.

(3) SCLOPIS-BOLLATI, *Assemblee rappres. del Piemonte*, in *H. p. Mon.* XIV, 810.

(4) PAGANO, *Consideraz.*, c. 15; FILANGIERI, *Scienza della legislaz.*, III, 162.

(5) Stat. di S. Marino, III, 8. Al sec. XVIII facevano testo in materia di prove le opere di Mascardo, Paciano, ecc., e in grande onore era il trattato di De Matteis, che ha tutti i vizi della dottrina precedente, vizi che in parte si riscontrano nei trattati di Renazzi, Cremani, De Simoni. Cfr. BARBACOVI, *Argomenti e indizi nei giudizi crimin.*, Milano, 1820.

(6) Cod. pen. estense, IV, tit. 6, art. 20; Codice dei delitti pel Lombardo-veneto, p. I, c. 262, 264; MAGNANI, *Collez. di difese*, p. I, difesa 15; MAROCCO, *Difese*, V, § 287, 525.

(7) Pramm. 12, de offic. iudicum et alior. offic.

Digitized by Google

Dottrina e leggi erano legate al passato: quella e queste (piemontesi, pontificie, napoletane) fissavano ancora il numero dei testi necessari per condanna: nè in tal materia segnavano progressi i codici di Leopoldo per la Toscana, di Giuseppe II pel Lombardo-veneto, l'estense pel ducato di Modena, le Patenti piemontesi del 1840, le leggi toscane del 1833 (1). Intanto nella seconda metà del sec. XVIII, sotto l'assillo di una critica demolitrice, si cominciò a dubitare delle leggi penali e processuali, finchè il milanese Cesare Beccaria ruppe gli indugi e assalì l'edificio incoerente, anzi irrazionale del diritto penale e processuale. Le sue parole: è preferibile l'ignoranza che giudica col sentimento: seguite il buon senso che vi guiderà meglio di ogni regola: è più facile sentire la certezza morale di un delitto che definirla, — ebbero il merito di indicare il vero carattere della prova, indipendente da ogni determinazione assoluta, da ogni regola di aritmetica o di probabilità: il giudizio sta nella convinzione formatasi nella coscienza del giudice. Quelle parole furono poi tradotte nell'esortazione diretta ai giurati nelle leggi moderne: la legge non chiede la ragione della vostra convinzione: interrogate la coscienza nel silenzio e nel raccoglimento. Il libro di Beccaria venne alla sua ora giusta, dopo la lenta preparazione degli spiriti e dopo quell'opera paziente dei secoli che accumula nel cuore degli uomini, cogli insegnamenti dell'esperienza e l'impressione di spettacoli dolorosi, aspirazioni irrefrenabili. Ecco perchè quelle cento pagine, stampate per la prima volta segretamente a Livorno, ebbero in pochi anni in Italia 32 edizioni e furono tradotte in quasi tutte le lingue. La forza del suo scritto non era tanto nella semplicità delle idee opposta alla inestricabile complicazione di una scienza incerta, nella chiarezza della sobria esposizione, quanto nell'eco che rifletteva i sentimenti ormai comuni in un'Italia civile che

(1) La legge di Toscana dice: l'incolpato è tenuto per convinto se concorrono contro lui tre indizi: due bastano a formare la prova legale, se avuto riguardo alla fama, alla condotta, all'indole dell'incolpato, emerga la sua disposizione a commettère il delitto. Pel Cod. estense vedi il lib. IV, tit. 9, art. 13; tit. 6, art. 19; lib. II, tit. 38, art. 1; lib. V, tit. 14; lib. IV, tit. 14, art. 2 e tit. 9, art. 11. Per la dottrina: De Rosa, *Processo criminale, ossia calcolo delle prove legali*, Napoli, 1846; Lanzini, id., 1847. A Napoli nel 1859 si pubblicava il libro di Nani, *Sugli indizi e sull'uso dei medesimi per conoscere i delitti*. In senso diverso è il libro di Brugnoli, *Della certezza e prova crimin. col conforto di varie legisl. di Europa e d'Italia*, Modena, 1846.

Digitized by Google

voleva combattere la sua battaglia contro errori ai quali l'inerzia dei legislatori e dei ceti giudiziari imprigionati nella tradizione, pur spesso riconoscendoli, non aveva osato rinunziare.

È giustizia però ricordare l'apporto che diedero a questa battaglia gli scritti di Gaetano Filangieri e di Mario Pagano. Correnti di alto pensiero filosofico movevano le classi colte napoletane che da Carlo III, fino dal 1738, per opera di Tanucci, avevano ottenuto che alcune brutture, fra cui la tortura, scomparissero, se non del tutto dalle leggi, almeno dalla pratica. La legislazione francese portata in Italia seppellì gli antichi concetti in materia di prove, elevando il principio della certezza morale; il che non tolse che si acquetasse la dottrina, perchè fra le sue file trovaronsi ancora dopo Beccaria e nella 1ª metà del sec. XIX difensori delle prove legali (1), e fra questi il nome illustre di Carmignani (m. 1847), pel quale la stima della prova appartiene alla legge che non è una vaga astrazione e che deve provvedere alla sua applicazione. La certezza dell'uomo è oscillante e variabile; quella della legge è ferma e costante: ciò giustifica la prova legittima, che deve formarsi di un sistema collegato in tutte le sue parti, per entro al quale l'arbitrio del giudice non possa mischiar cosa che ordinata dalla legge non sia. Le propensioni del Carmignani sono in conseguenza pel processo penale costruito coi calcoli della scienza e che deve riescire superiore e più sicuro a quello fondato sui calcoli della coscienza. Al primo la prova analitica, al secondo la sintetica (2).

Anche il Cod. pen. austriaco esteso al Lombardo-veneto segnò un progresso, laddove chiedeva prove specifiche e disponeva che non si avesse « a considerare una prova per sè sola ed isolata, ma misurarne il peso in complesso e in combinazione colle altre risultanze del processo d'inquisizione. E però a misura che la imparzialità delle deposizioni testimoniali si rendesse dubbia a cagione delle relazioni personali, o che la fede di qualunque altra prova venisse diminuita da risultanze opposte, perderà la prova del suo valore e forza e una prova così indebolita non sarà mai

(1) RENAZZI, CREMANI, PAOLETTI, *Istituzioni crimin.*; MIROGLI, *Dir. crim.*

(2) *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, lib. IV, c. 8. Carmignani conta sull'esperienza consacrata nelle opere dei criminalisti che difende contro i belli spiriti; colla stima scientifica della prova, della fama, degli indizi si ha il processo scientifico. Egli ammette il giudizio secondo coscienza solo nel caso di processo pubblico, di molti giudici e quando quelli del diritto siano diversi da quelli del fatto, e sostiene che pel giudice unico la prova legale sia una necessità inderogabile.

Digitized by Google

prova legale ». Tali principî, che avevano salvato dal capestro alcuni di coloro che nel Lombardo-veneto sospiravano la libertà e l'unità italiana, furono abrogati, appunto per motivi di persecuzione politica, colla imperiale notificazione del 10 ottobre 1833 (abolitiva del § 442 del Cod. pen. austriaco) che sostituì speciali norme per la prova nascente dal concorso degli indizi *al fine di ispirare al delittuoso un salutare terrore.*

50. La certezza morale fu consacrata nelle leggi toscane del 1838, nei codici di Lucca, Parma, Due Sicilie (1): e negli Stati pontifici la sentenza doveva essere pronunciata *secondo l'intima convinzione della coscienza, secondo l'impressione ricevuta dalla ragione indipendentemente dal numero materiale degli indizi* (2). Invece il Cod. penale estense mantenne la nomenclatura di indizi gravi e urgenti (3), Reminiscenze di scuola sono nella legislazione del Lombardo-veneto che disponeva la condanna dipendere « dalla combinazione degli indizi, circostanze e relazioni rilevate dall'inquisizione » (4); nella pontificia, nella napoletana e nella piemontese che parlavano di indizi sufficienti per condannare distinti da quelli idonei a contestare il reato (5) e di quelli autorizzanti il mandato di deposito dal mandato in arresto (6). In conclusione se nelle leggi italiane, della fine del sec. XVIII, comprese quelle di Toscana, si usava ancora del criterio di *sufficienti argomenti* in appoggio dell'addebito (7), quelle della prima metà del XIX già l'avevano superato o stavano per superarlo.

---

(1) Art. 22 e 220 del Motu proprio toscano 2 agosto 1838, e art. 357 delle Dichiarazioni e istruzioni 9 novembre 1838. Per Lucca, FORTI, *Istitus. di diritto*, lib. I, c. 3, sezione 5. Per Parma, Codice di procedura penale, lib. II, tit. VI: « I giudici decidano secondo il loro criterio morale »; Cod. per lo regno delle Due Sicilie, p. IV, art. 214 e seg. e 292.

(2) Editto di procedura criminale, 9 nov. 1831, art. 442; lib. V, tit. 4, art. 13.

(3) lib. V tit. 4 art. 13: IV tit. 14 art. 3: lib. IV tit. 9 art. 9, 11 e seg. tit. 17 art. 4.

(4) Nella citata Imperiale Patente 6 luglio 1833, § 1, che aboliva il § 412 del Codice penale austriaco.

(5) Editto di proc. crimin. pontif. 5 nov. 1813, art. 441, 446; Cod. per lo Regno delle Due Sicilie, p. IV, art. 280; Cod. penale per gli Stati del re di Sardegna, art. 731.

(6) Cod. est., lib. IV, tit. 15, art. 9; Dichiaraz. toscana cit., art. 34, 338.

(7) Legge toscana del 15 genn. 1744; Legge del 30 agosto 1795, § 18, richiede anzi gli urgentissimi per una pena straordinaria; Dichiaraz. e Istruz. 9 nov. 1838, art. 321, n. 7 e art. 490; Motu proprio 2 agosto 1838, art. 235.

Digitized by Google

CAPO XII.

La sentenza civile e criminale

§ 1. *La conclusione del giudizio.*

1. Finalmente sembra che le parti abbiano esauriti tutti i mezzi di offesa e difesa: il giudice informato ha dato il termine *ad producenda omnia* (Durant., II, 1, de except., § 3, n. 4), ha fatto dare copia, se richiesta, dei documenti, *per viam informandi et opponendi* (1), perchè sarebbe incorso in pena in caso contrario (2), e infine ha spedito una ultima *monitio ad publicandum* con breve termine per presentare altre carte, previa una dichiarazione sul loro uso. In ultimo spedisce la *monitio ad concludendum* (3). Per giustificare questo atto si invocava il diritto romano (*Auth. iubemus, Cod.*, III, 1, *de iudiciis*): ma più distintamente il *conclusum* traeva sue norme dalla pratica dei tribunali ecclesiastici. Lo si può dire di origine canonica e precisamente derivare dal c. 9, *dilectus*, X, *de fide instrum.*, II, 22: *utraque pars potest instrumenta etiam post publicationem attestationem usque ad definitivae sententiae calculum exibere antequam sit in causa conclusum*: ed anche dal can. 5, *pastoralis*, X, *de caus. possess.*, II, 12, e dal can. 8, *auditis*, X, *de procurat.*, I, 38. Da essi trassero i commentatori la massima: *idem esse conclusum in causa ac sententiatum*. Secondo il diritto canonico tale atto formale da dichiararsi al giudice significava rinunzia a ulteriori prove e discussioni, e così l'intese

(1) Stat. di Reggio, 1582, II, 14; Rovereto, 1425, II, 14; Roma, 1580, I, 60; S. Marino, sec. XIV, pag. 203; Const. patriae Foroiulii, c. 38.

(2) Stat. di Brescello, 1697, II, 97.

(3) Stat. di Verona, 1582, II, 145.

Digitized by Google

Durante che aggregò nella stessa rubrica le *renunciationes* ed il *conclusum* (II, *de renunc.*), rinunzia però limitata alla prima istanza, dunque non agli appelli, pei quali il diritto canonico riservava il *beneficium novorum* (1). Era detto *de substantia*, cosicchè senza espressa rinunzia la sentenza era nulla: regola però inapplicabile nel rito sommario, dove il giudice sentenziava *forma non servata* (2). Il *conclusum* fu accolto negli statuti e nelle leggi di Federico II (II, 49), e partendo dal concetto essere *de substantia*, i giuristi lo ritennero necessario.

Ma ecco la pratica che aveva corrotto la materia dei termini, non risparmiare il conchiuso e introdurre una distinzione fra produzione di testi e allegazioni giuridiche. La sottigliezza si manifestò per la prima volta a Napoli, dove i Riti (242) permisero la ricezione delle scritture anche dopo il conchiuso; soltanto si ponevano *extra processum*. Tale pratica dovè essere comune, e da Baldo (l. cit.) si apprende che i giudici ricevevano atti fino alla *citatio ad sententiam*: il che giustificavasi col pretesto non doversi precludere la via alle allegazioni contenenti richiami a leggi, e la giustizia essere chiarita dalla confessione, da nuovi interrogatori, da documenti scoperti, ecc. (3). Così il conchiuso era facilmente riaperto: e quando si doveva concludere per l'imminenza dei termini fatali, si conchiudeva ma con riserve, e anche senza; non vi erano soltanto le solite e *molte cavellationi e lungarie* ma *molte volte per far perire le instantie delle cause si pigliano restitutioni post conclusum in causa senza chiamar le parti o submissa voce di modo che la parte non ui ha notitia e stando secura della causa essendo conclusa si trova delusa e gabata* (4).

2. La riserva napolet. consistette nella *conclusio in forma*, cioè *salva productione scripturarum*; in appoggio della quale si

(1) INNOCENTIUS IV, al detto c. 9, X, II, 22, e BALDUS, in *Margarita* alla voce *conclusio*. Poi LANFRANCUS DE ORIANO, rubr. quoniam contra, v. *testes*.

(2) La Glossa alla Clem. *Saepe* la voleva *de substantia*; ma GIOVANNI DI ANDREA nelle note allo *Speculum* di DURANTE avvertì già l'equivoco. Secondo il Rito alfons., 39, era *de substantia* (CUMIA, pag. 231). VANTIUS, *De nullitat. processus*, pag. 216, così la riteneva pel foro ecclesiastico, non pel secolare ove non occorreva conclusione; e tale era l'opinione di ANDREA D'ISERNIA, *Const. regni Siciliae*, I, 52; di MARANTA, VI, act. 15, ecc.

(3) Così LANFRANCO, loc. cit.; MARANTA, p. VI, pag. 449.

(4) Pragm. sicil. 5, tit. 53, an. 1531, vol. II, pag. 469; Pragm. 35, § 34, tit. 53, an. 1618, vol. II, pag. 511.

Digitized by Google

invocava una pramm. *Cursu dilationum* di Isabella, così concepita: dopo la pubblicazione dei termini di ripulsa dei testi, siano concessi 4 giorni per la produzione di prove, salvo la facoltà di proroga che possa concedere il giudice. La pramm. voleva che il conchiuso si verificasse *ipso iure* pel decorrere dei termini; invece l'astuzia forense l'intese nel senso che, fatta la riserva, non si chiudessero le porte e la lite proseguisse.

A togliere questi indugi era ammessa la parte diligente a spedire citazione *ad concludendum*, detta più tardi *a cogliere* cioè a raccogliere le scritture, da consegnarsi al notaio che formerà poi il fascicolo (*foliare*) da depositarsi all'archivio per visione. Se gli avvocati delle due parti si potranno accordare sui punti in litigio, tanto meglio, e li presenteranno al giudice: se no, ogni avvocato formulerà i suoi separatamente. Fissare i *puncta* aveva importanza non solo come riassunto della causa, ma per indicazione ai dotti periti consiglieri perchè si pronunciassero; e Bartolo dice che era *mos Italiae* che intervenisse il giudice per concordarli *de comuni consensu partium* (l. 1, Cod. de relat., vol. VIII, pag. 79). Quando poi vi era un collegio di giudici, il relatore componeva un sommario delle questioni agitate da comunicare ai singoli. Era questo un insegnamento e una pratica del foro ecclesiastico nel quale tali punti riguardavansi come i presupposti della sentenza (1), anzi più tardi si giunse fino ad affermare che erano eguali alla sentenza stessa (2).

La regola canonica: *conclusio claudit os partibus* non solo era violata per le riferite eccezioni e in favore delle persone privilegiate e miserabili, ma ancora per altri stratagemmi, che riaprivano l'*attitazione* e sospendevano l'*assegnazione a sentenza*. Si lasciava sempre aperta una porta per rientrare in iscena: per es. non si erano verificate le scritture depositate: si chiede di farlo ed ecco un termine *ad concomitandum*; un altro per invitare la controparte a giurare *de cal.*, e un terzo per ottenere il primo beneficio per nuovi testi, e ancora se è povero, orfano o persona pri-

(1) c. 11, C, XXX, qu. 5; c. 8, X, de proc., I, 38; c. 5, in fin., X, de causa possess., II, 12; c. 11, X, de probat., II, 19; c. 9, 10, X, de fide instr., II, 22.

(2) M. De Afflictis (*Decis.* 396) scrive: il concluso in causa è come se la sentenza fosse fatta. E Sola, pag. 302: *Sententia et conclusio pari passu ambulant.* Fa suo quello che avevano scritto Bartolo e Baldo.

Digitized by Google

vilegiata un secondo beneficio per altre prove (1). Le leggi l'accordano: *non obstante assignatione ad ius possint instrumenta de novo reperta producere*; purchè si giuri che prima non si conoscevano e che ciò si fa *nec dolose nec animo diffugiendo* (2). Intanto *moris est et usus forensis*, confessa Sola, di interpretare il permesso largamente, ammettendo anche prove testimoniali davanti ai tribunali superiori, dopo concluso. È vero che il giudice poteva risolvere tali ulteriori eccezioni con decreto oppure riservarsi *tempore ferendae sententiae*, o anche convocare gli avvocati delle parti a casa sua, colla formola: *veniat scriba certioratis partibus*.

È chiusa questa riapertura del giudizio « fatta la conclusione, le parti saranno obbligate di portare i processi fra il termine di 8 giorni al segretario il quale li porterà entro 2 giorni al giudice per farlo sentenziare, o al presidente per farlo distribuire ai senatori. Però esso segretario non lo accetterà se insieme non gli portano un breve estratto del processo nel quale sia raccolto un sommario di tutti i punti principali che sono in esso processo il che saranno tenuti di fare così l'attore come il reo sotto pena, ecc. » (*Nuovi decreti*, Sola, pag. 466).

Ma la bocca ancora non si chiudeva alle parti e nemmeno al giudice, cui la legge imponeva sentenziare entro termini, altrimenti il giudizio *est irritum et inane* (3). Si sarebbe giunti all'*adsignatio ad ius* che dava la parola ultima al giudice (4): ma questi termini venivan prolungati qualora egli riconoscesse la necessità di maggiore istruttoria, *ubi vertitur periculum animae*, suggerivano i canonisti, nelle cause criminali per prova dubbia, nelle civili per le riserve al conchiuso e infine pel ricorso del giudice al consiglio di sapiente (5). A Venezia anche al momento del conchiuso poteva il giudice domandar *taglio o carcerazione di carte* o il convenuto far istanza *di converso* (riconvenzione) (6). In

(1) Così in Toscana, secondo ASINIUS, *Praxis*, § 23; e nel Napolet.: SANFELICIS, sect. 58; NOVARIUS, *Collect. in Pragm.*, 183.

(2) *Decreta ducum Sabaudiae*, II, pag. 68; SOLA, pag. 252.

(3) *Decreta ducum Sabaudiae*, II, pag. 26; SOLA, pag. 241: Const. r. Sicil., II, 40, 77, 52; Capit. Alphonsi, 3, 4, 39, 73.

(4) *Decreta*, II, pag. 68; SOLA, pag. 252.

(5) M. DE AFFLICTIS, *Decis.*, 271; RUINUS, *Consilia*, vol. V, cons. 87; HYP. DE MARSILIIS, *Pract. crimin.* pag. 156.

(6) ARGELATI, *Pratica del foro civile ven.*, 1737, pag. 8, 14.

Digitized by Google

Toscana il giudice doveva fare il *monito* cioè invitare le parti a dichiarare se volevano tenere per esaminati *rite et recte* i testi [1].

3. Il conchiuso facevasi colla scritta, su richiesta della parti, notata dal cancelliere nell'incartamento: *facta est conclusio*: al sec. XVII si ritenne valido il *tacito concluso* pel decorso dei termini. Nel Napolet. e in Sicilia oltre la *citazione a cogliere* (le scritture) usavasi il *contrario effetto*, cioè le ultime repliche presentate dalla parte avversa. Per dare un'idea dello stile curialesco del sec. XVIII riportiamo le parole con cui la parte diligente notificava il conchiuso: *Protestata quae praesentantur quatenus et in quantum et in illis tantum verbis, syllabis, pactis, clausulis, orationibus, dictionibus, punctis, et aliis facientibus in favorem concludentis*, ecc. E il giudice scriveva: *fiat*.

Nei primi tempi del Comune, quando, come a Milano (*Cons.*, 3), la sentenza era pronunciata seduta stante, il giudice imponeva alle parti e agli avvocati *statim sedere et quieto animo silere* [2]. L'avvocato si doveva presentare *stomacho ieiunio post somnum* con volto lieto, come dice Durante (II, 2, de petit. sent.). Quando le magistrature divennero collegiali, litiganti e avvocati si trovarono separati dai giudici, e tramite di congiungimento fu il notaio o cancelliere, che riceveva gli atti e coi *visa et approbata* degli avvocati ne faceva la *missio* al presidente del collegio.

§ 2. *Il consiglio del sapiente.*

4. Fu uso nostrano, che poi varcò le Alpi e fu lungamente osservato nei tribunali di Germania, che il giudice nelle cause gravi, davanti alla mole delle allegazioni infarcite di testi e di opinioni, ponesse la sua coscienza al sicuro chiedendo consiglio *qualiter sit pronunciandum*. Forse quest'uso si introdusse nei Comuni quando sedevano giudici uomini imperiti nel giure, gente più di spada che di toga [3]: nè più istruito era il Vicario dei Podestà [4]:

---

(1) CANTINI, XIX, 279, an. 1689.

(2) Const. patriae, 34; LEICHT, *Stat. vetera civ. Austriae*, 1899.

(3) Breve pisan. consulis, 1162, in BONAINI, I, pag. 13, an. 1212; MANARESI, *Atti del Comune di Milano*, n. 296, 298, 357.

(4) Lo Stat. di Cremona, 1387, ed. 1518, r. 253, ordinava al podestà di consultare in caso di condanna persone perite. Cfr. Breve offic. pisan. comit., 1305, in Id., pag. 15: Vicenza, 1264, ed. LAMPERTICO.

Digitized by Google

onde le stesse assemblee popolari eleggevano alcuni *sapientes* per assistere le autorità, pronunciarsi se interrogati (1) e deliberare coi *consules iustitiae* (2): si ebbero così i colloqui coi giudici (3). Nè diversamente fecero gli statuti mercantili imponendo il *consilium cum bonis mercatoribus* (4). Invece la Rota romana non ammise che il giudice chiedesse consiglio, e Firenze (1415) non lo permise per le cause interessanti il fisco. I giureconsulti trovarono che negli ordinamenti romani vi era la *consultatio* per questioni di fatto o di diritto a persona perita (l. 27, Dig., *qui test. fac.*; l. 28, § 7, Dig., *de lib. legat.*; l. 19, § 1, *de ann. legat.*), e che altra *consultatio* poteva invocare dall'imperatore il giudice dubbioso del diritto (l. 6, § 2, Dig., *de offic. procons.*; l. 11, § 2, Dig., *de minor.*; l. 1, § 1, Dig., *de appell.*), il quale ne dava notizia alle parti messe così in grado di dare chiarimenti coi *libelli refutatorii*. Coll'autorità di tanti testi romani, i giuristi italiani disciplinarono la materia del consiglio in tutti i particolari, come chiederlo e quando (non nelle sommarie, non nei casi chiari e indubitati), attenderlo con pazienza, non ammettere nuove prove *dum causa est in manibus sapientis* (Bartolo, ad l. 13, Cod., VII, 62), esprimere la propria opinione *in puncto formato* però col consenso delle parti, formulata *apud acta* e se sono discordi, coll'allegare le loro ragioni *contra illum punctum* (Bartolo, ad l. 34, id.; ad l. 2, VII, 61).

La sua durata dal sec. XIII al XVII (5) va ancora spiegata dal profondo distacco esistente fra pratica e dottrina: da una parte vi erano giudici di scarso affidamento di cultura e di indipendenza, nominati ad anno, senza stabilità, con dubbi requisiti, mal retribuiti, esposti alle tentazioni: dall'altro un ceto di giuristi esperti. Molte leggi imponevano il consiglio al giudice; e da altre si diceva: è bene che lo chieda *in arduis* (6), quando tutti siedono in

(1) Stat. potest. Pistorii, 1296, ed. ZDEKAUER, I, 5, 10; II, 3, 52; Lodi, 1538, foglio 4: Novara, 1277: Bergamo, sec. XIII; Ivrea, sec. XIV in *H. p. Mon. Leges*, II.

(2) Stat. di Parma, 1255, pag. 117: Piacenza, sec. XIV ed. POLLASTRELLI, pag. 115.

(3) Stat. di Vercelli, 1241-1335, ed. ADRIANI, p. 425; Roma, ed. RE, II, 49.

(4) GATTI, *Stat. dei mercanti di Roma*, 1885, pag. 5; STEVENSON, id., 1893, pag. 17.

(5) Stat. di Roma, ed. RE, II, 49; Vercelli, pag. 424; Stat. di Padova, 1238, 1292; Spalato, 1212-1558, pag. 264; Parma, 1590, II, 75; Bologna, 1515, fogl. 37; Bergamo, 1727, coll. II, 17; Verona, 1582, II, 107; Firenze, 1415, II, 81; San Marino, pag. 69; Vigevano, 1608, pag. 52.

(6) Stat. di Belluno, 1747, II, 22; Verona, II, 107.

Digitized by Google

collegio e non si accordano nell'interpretazione delle leggi (1), quando lo vogliono le parti o una di esse (2).

5. Era onore l'invito a dar consiglio, e l'avvocato invitato non si rifiutava e nol poteva (3): si presumeva che rispondesse secondo scienza e coscienza, ma era punito se scoprivasi che avesse venduto il parere al più offerente (4). Si accordavano dilazioni perchè il consiglio riescisse ponderato (Reggio, I, 47): ma del tempo non doveva abusare (5). Si sceglievano avvocati venuti in fama per perizia e rettitudine, e se entro le mura cittadine mancava chi avesse i requisiti, potevasi cercare il sapiente anche in altra città amica (6): *eat iudex extra civit. pro consilio capiendo*, però col consenso e a spese delle parti, *cum moderato salario pro qualibet die* di assenza (7). Anche il consigliere sia retribuito ad arbitrio del giudice secondo l'importanza della causa. Lo statuto di Roma prescrisse la misura dell'onorario (1580, I, 187) a carico del perdente che aveva voluto il consiglio: ma a Siena era a carico delle due parti (8). Ai giudici era fatto divieto dar consigli (9).

Se il consiglio era voluto dal giudice, questi sceglieva il sapiente *de collegio iudicum vel advocatorum*: se era chiesto dalle parti, il giudice proponeva nomi di ascritti al collegio oppure da sorteggiarsi fra questi (10); le parti potevano anche presentare nomi di sapienti e fra questi si sorteggiava (Brescello, 1697, II, 26). Tale era la pratica toscana per legge del 1565: chi voleva

---

(1) Stat. di Roma, ed. Re, II, 51; Bologna, 1515, fogl. 58; Costit. egidiane, ed. Sella, IV, pag. 175; V, pag. 228; Leges ianuenses, 1404, 817.

(2) Costituto dei consoli del placito di Siena, c. 85; Breve pisan. com., 1286, pag. 123; Stat. di Casale in *Hist. p. Mon. Leges*, I, 944; Brescia, id., II, 1584; Belluno, II, 22; Casalmaggiore, 1717, pag. 54; Rovereto, 1425, c. 11; Lodi, 1538, fogl. 17; Trento, c. 45; Ferrara, 1624, II, 40; Vergate, c. 34; Pallanza, III, 44; Valsassina, 1388, c. 149; Como, 1281, I, 18, 43; Orvieto, 1324 ed. Fumi, c. 160; Aquila, 1333 ed. Volpicella, pag. 75.

(3) Decreta vetera, Amadeo VI, c. 27; Stat. di Firenze, II, 84.

(4) Stat. di Cremona, 1578, c. 279.

(5) Stat. di Castro Arquate, II, 62; Novara, I, 107; Firenze, II, 88.

(6) Breve pisan. Com., 1286, pag. 123.

(7) Costituto dei consoli di Siena, 85; Stat. di Vercelli, pag. 425; Pistoia, 1296, II, 65; Rovereto, 1425, ed. Gar, c. 11.

(8) Cost. dei consoli di Siena, 85; Asinius, *Praxis*, § 25.

(9) Breve Com. pistor., 1296, II, 57; Viterbo, 1251, ed. Ciampi, II, 40.

(10) Cantini, V, 16, 176.

Digitized by Google

il consiglio, anzitutto giurava, poi presentava quattro confidenti e altrettanti ne presentava la parte avversa: gli otto nomi si imborsavano e si sorteggiava un nome (1). Durante (II, *de requis. consilii*, pag. 637) dice aver visto respinti i proposti, sospetti per la potenza dell'avversario, e allora egli, *in partibus Lombardiae*, invitò la parte a designare 10 o 12 uomini probi esperti, fra cui il giudice scegliesse. In Toscana il giudice doveva attenersi al responso di quel consigliere sorteggiato. In alcuni luoghi i consiglieri erano due e allora il giudice non poteva discostarsi dal loro concorde responso: e se erano discordi, ne nominava un terzo. Bartolo ammoniva il giudice di far giurare i consiglieri se sospettava discordassero per malizia e per non dispiacere alle parti: se gli risultava il loro dolo e pur ne seguiva il responso, la sentenza era nulla ed egli rispondeva nel sindacato (2).

6. Vi era una procedura per la richiesta di consiglio da parte dei litiganti che lo dovevano chiedere al giudice dopo la conclusione, non però negli incidenti che davan luogo a sentenze interlocutorie (Brescia, 1722, III, 25). Il sapiente doveva aver visione di tutti gli atti e udire anche gli avvocati (*sicut in Lombardia et Tuscia vidimus observari*, Durante). L'incarico aveva carattere ufficiale, essendone stato investito dal giudice *priusquam de banco discedat*: quindi tutti gli *acta iudicii* dovevano essere consegnati al sapiente. Il consiglio doveva essere dato in iscritto e riportato nei protocolli del tribunale (3), affinchè *secundum eorum* (dei sapienti) *dictum iudex pronunciet*.

Il fatto importante era che il giudice doveva seguire il consiglio del sapiente. Durante dichiara tale essere la consuetudine dei tribunali italiani; egli la riprova, dovendo il giudice assumersi la responsabilità della sentenza. Ma la pratica la rigettò sul consigliere, e così sentenza e consiglio erano la stessa cosa: perchè il giudice, ricevuto il responso, lo leggeva alle parti come fosse la sua sentenza, pronunciata così *ad formam consilii*; si dice negli statuti: *teneatur ferre sententiam secundum consilium datum ab omnibus consiliariis vel a maiori parte ipsorum* (4):

(1) Stat. di Castro Arquate, II, 75; Piacenza, 1336, II, 21; Parma, 1590, II, 76; Bologna, 1515, f. 37; Brescia, 1722, II, 26.

(2) Ad l. 26 e 28, Dig. de re iudicata, XLII, 1, vol. VII, pag. 113, 115.

(3) Stat. di Lodi, 1538, II, f. 14; Cuneo, 1589, II, 15 ed. DUBVIN.

(4) Leges genuenses, ed. DESIMONI e BELGRANO (*H. p. Mon. Leges*, III); Stat. di Roma, 1521, c. 45; Visso, 1461, ed. SANTONI, c. 36.

Digitized by Google

quindi in calce scriveva: *pronunciamus prout in tali consilio continetur* e lo riportava *in actis: alias sententia relata ad consilium quod non apparet scriptum non valet*: e nemmeno varrebbe se solo il cancelliere avesse scritto in calce che il giudice sentenziò come era risposto dal consiglio (1). Però non tutta la dottrina approvava questa supina adesione. Oltre Durante, anche Bartolo e Pacio Scala sostennero che il giudice dovesse respingere il consiglio *contra ius*, giudicare *secundum alligata et probata* e solo fosse vincolato quando le parti avessero dichiarato di sottomettersi (2). È chiaro come tal sistema sviliva la dignità del magistrato, le cui funzioni erano ridotte nel campo procedurale, più a contatto col procuratore che cogli avvocati: egli era reso estraneo al merito della controversia. A tali estremi non si giunse nei tribunali dell'Italia meridionale: qui le *Const. r. Sic.*, I, 47, avevano istituito il giudizio dei pari (*cum proborum virorum iudicio et aliorum nobilium consilio*), che gli interpreti intesero nel senso di parere che non vincolava il giudice: poi la stessa costit. ordinava che la sentenza fosse tratta *de purae conscientiae gremio* e secondo le leggi e le consuetudini approvate: e tali norme prescritte per le cause feudali furono estese a tutte, appoggiandosi anche sull'opinione dei canonisti (3). Solo nelle curie locali dove sedevano giudici idioti, il consiglio senza essere imposto, fu praticato: ma per questi Benedetto d'Isernia, glossatore dello studio di Napoli del sec. XIII, arrivava a scrivere *non possunt ferre sententiam cum nesciant literas, nam iudex debet ferre sententiam in scriptis et recitare partibus* (4). Intorno a questi giudici Maranta ci informa che essi erano soliti volgersi a giurisperito *et secundum illud consilium proferunt sententiam legendo solum illud consilium*: dunque la sentenza non era altro che il responso del giurista. Maranta non approva ciò, ma riconosce essere uno necessità *in istis terris et civitatibus ubi sunt iudices idiotae.*

Nè diversa era la condizione del Piemonte: lo riconosce Antonio Sola, che scrisse nel 1607: *multi potestate terrarum sunt il-*

---

(1) DURANTIS, II, p. VI, et demum fertur sent., n. 13; Stat. di Castro Arquate, II, 72.

(2) PACIUS, nei *Tract. univ. iuris*, III, pag. 1, vol. IV.

(3) ARCHIDIACONUS (G. DE BAYSIO), c. 33, Obeuntibus, Dist. LXIII; ABBAS PANORMIT., c. 1, X, de capell. monast., III, 37; ANT. DE BUTRIO, cum olim, X, de arbit., I, 43; e anche BALDUS, *Consilia*, vol. III, cons. 197.

(4) *Iuris interpretes saec. XIII*, ed. MEYERS, Nap., 1924, pag. 52.

Digitized by Google

literati, unde de consilio iurisperiti procedere debent (1). Da ciò le disposizioni dei duchi relative al modo di interrogare il sapiente e di riceversi il consiglio: « devono i giudici aprir la lettera ove si contiene il consiglio (o sia la sentenza) nel tempo solamente quando s'ha da pronunciare, acciocchè le parti possano ritrovarsi presenti all'apertura nè possa cader alcun sospetto che si sia veduta avanti » (Sola, pag. 468). La procedura piemontese studiò i più sottili espedienti per assicurare l'indipendenza del giudice e del consigliere, al quale gli atti della causa dovevansi inviare chiusi in un sacchetto affidato ai frati minori, che ne dovevano tener nascosto il nome alle parti per sottrarlo alle loro sollecitazioni (2).

7. Anche le leggi del sec. XVI (Parma, Bologna, Verona, ecc.) del XVII e XVIII (Brescia, Bergamo, Belluno) mantennero il sistema dei consigli. Uno scrittore del 1600, Marta, toscano, ne sosteneva la necessità per la ignoranza del diritto in cui versavano i giudici (3). Colle riforme alla procedura iniziatesi nella seconda metà del sec. XVIII si volle porre la responsabilità della sentenza sui giudici: così dispose la Pramm. napol. del 1738 e così altre leggi in Toscana, in Piemonte (1770), a Modena (1771). Ciò era congiunto anche alla riforma degli ordini giudiziari composti di magistrati stabili e con requisiti di studio e di tirocinio. È superfluo dire che, non solo i responsi della Rota romana, ma anche quelli delle supreme magistrature piemontesi e del napoletano Consiglio di S. Chiara, che, diceva Butrigario, facevano terrore (*me terrent*), uscivano *e scrinio pectoris iudicum*.

§ 3. *La sentenza civile.*

8. Ottenuto il consiglio chiesto o per sollecitazione delle parti o per propria iniziativa, il giudice dovrebbe portarsi al banco e pronunciare la sentenza: ma ancor l'ora non è suonata, perchè ad altro può esser tenuto. Nell'epoca comunale e poi sotto le signorie come anche sotto le monarchie, egli è un funzionario dipendente, privo di quella libertà che è il fondamento della giustizia. Perciò all'occorrenza può esser chiamato a riferire della

(1) *Comment. in decreta*, 1690, pag. 470.

(2) Stat. di Torino, 1360, ed. SCLOPIS, in *H. p. Mon.* XVI: PERTILE, § 239, n. 60.

(3) *Decisiones collegii pisani vel ad consilium sapientis trasmissae*, Ven., 1608, dec. 63.

Digitized by Google

causa all'autorità superiore, al principe, o deve egli informare e interrogare l'oracolo. Parla di ciò Durante come di cosa normale: il superiore, o potere politico o giudiziario, suggerisca al giudice come *pronunciando se habere debeat.* Tale pratica non era sconosciuta agli ordinamenti giudiziari romani, tanto nel senso di ricevere la *potestas iudicandi* quanto in quello di consultare la scienza imperiale *super quo haesitandum putaverit* (l. 1, Cod. VII, 61). Vero è che una Nov. (125, c. 1) aveva corretto: *iudices non expectent sacras iussiones*: ma gli interpreti avevano preferito giustificare le prave abitudini del tempo coll'autorità di Costantino [1]. Anche pei canoni pontifici il giudice doveva riferire al vescovo pei casi dubbi o nel silenzio della legge (c. 68, X, II, 28): anzi nel foro ecclesiastico erano obbligatorie le *remissiones o relationes* del giudice delegato che, espletati gli incarichi ricevuti, rimetteva gli atti all'autorità giudiziaria delegante.

Altro significato ebbero le relazioni nella pratica giudiziaria italiana, e rappresentarono la condizione vergognosa in cui fu posta la giustizia al tempo delle Signorie e delle Monarchie, che la vollero mancipa del potere politico, obbediente agli ordini del principe, che riteneva suo diritto alterare le giurisdizioni e le competenze, delegare le cause a questo o a quel tribunale, essere informato delle cause e delle sentenze che si preparavano: donde le *relazioni* al principe e l'obbligo di rimettergli le liti in attesa del suo *oracolo.* Come nell'epoca dell'assolutismo e dei regimi paterni per diritto divino alle Curie supreme spettava la facoltà di avocare le cause dalle inferiori, modificare le procedure, introdurre prove privilegiate, così al principe competeva quella di mutare le sentenze pronunciate, perchè *così vogliamo, così ordiniamo.* Male antico e comune a tutte le parti d'Italia, e palese: anzi parte essenziale del diritto pubblico, come risulta da una Cost. di Federico II che introdusse nel Napol. e in Sicilia il sistema di riferire al principe (I, 40): *si quaestio emerserit in qua nostra conscientia sit necessario ascultanda vel superiorum iudicum consilium expectandum, Magister iustitiarius... responsum exquirat*: e ancora al tempo di Maranta (VI, et quandoque appell., n. 7) si ammetteva tale intervento del principe: *dicitur relatio quando iudex consulit principem, puto in aliqua causa ardua et*

---

[1] BARTOLUS e BALDUS, al tit. de relationibus, Cod. VII, 61, vol. VIII, pag. 79; INNOCENTIUS IV e FELINUS, al c. intimasti, 68, X, II, 28.

Digitized by Google

expectat responsionem principis qualiter habeat in ea procedere. I *domini doctores* trovavano ciò conforme al diritto romano, e nulla vi era ad eccepire.

Quando si costituirono tribunali con ordine gerarchico e diverse competenze, mancò il concetto di autonomia almeno negli inferiori, in quanto era pratica comune che il giudice inferiore *de iure dubitans* potesse o dovesse interrogare il superiore. Anche qui si aveva una *relatio* col carattere di *consultatio ad principem*: così già Durante e gli altri proceduristi; richiesta di consiglio tanto pel civile che pel criminale, sì all'inizio della lite che poi, in prima o in seconda istanza, comunicando senza malizia gli atti: e intanto ogni istruzione restava sospesa. Simile *relatio* era imposta dal Rito napol. (161) e doveva farsi al s. r. Consiglio o alla Curia di Vicaria per le cause commesse *ut fabricato processu consiliarius referat*, o *iurisperitus votum suum scribat* e se il voto era trovato giusto *profertur sententia per totum consilium* (Maranta, id.). Significato diverso aveva la *relatio* cioè la richiesta che rivolgeva il *iudex idiota* a giurisperito per avere consiglio. Queste relazioni hanno solo di comune il nome coi riassunti della causa, che un giudice relatore esponeva al collegio giudicante, quando le magistrature divennero collegiali, nelle Ruote, nei Senati, nelle Curie supreme. Allora il relatore, presenti le parti, formulava in iscritto un riassunto del fatto e delle ragioni allegate dalle parti e assieme agli atti l'inviava al presidente del Collegio (1). Tale relazione, secondo alcune leggi, poteva essere contestata dai litiganti e allora invocavasi la nomina di altro relatore, che poi stendeva la sentenza (2). È superfluo aggiungere che sifatta procedura non era osservata nelle cause sommarie e di poco valore, da decidersi seduta stante, in pubblica udienza (3).

Devesi qui parlare del sistema seguìto dalla Rota romana dell'*opinamento*, cioè della risposta motivata che il tribunale comunicava alle parti, perchè conosciuto il parere dei giudicanti vi meditassero sopra, nel senso di preferire un accordo stragiudiziale, piuttosto che attendere la sentenza di cui conoscevansi i concetti informatori. Poteva anche, chi apprendeva di restar soccombente, ammanire altri argomenti a difesa. Il diritto cano-

(1) Decreta ducum Sabaudiae, Leggi di Amedeo VIII, ed. 1586, pag. 46.
(2) Const. patriae Foroiulii, r. 34.
(3) Editti di Carlo Emanuele I, 1616; Costit. piemont., 1770.

Digitized by Google

nico favorevole alle risoluzioni pacifiche, alle conciliazioni aveva introdotto l'opinamento (che passò anche nel Regol. gregoriano del 1834).

Anche il Codice toscano del 1814 nei giudizi di appello ordinava la *proposizione dei dubbi* da parte della Rota, dopo l'udienza destinata alla informazione della causa. Ai dubbi rispondevano i difensori delle parti; e in seguito si deliberava la sentenza definitiva. Si deve riconoscere che il sistema romano e il toscano proponevansi servire ai fini obbiettivi della giustizia e conferivano alle relazioni fra magistrati e parti aspetto e spirito di serena collaborazione alla ricerca della verità. Era difettoso il toscano in quanto accordava ai giudici dissenzienti di esprimere il loro *voto di scissura* accanto alla firma posta nella sentenza, riassumendo le ragioni del dissenso: così era attenuato il principio del segreto: e tal difetto poteva correggersi: ma parve tutto errato e per avversione inconsiderata alle patrie tradizioni i codici del nostro risorgimento non accolsero l'opinamento nè la *proposta dei dubbi*.

9. I provvedimenti che il giudice emetteva, erano di natura varia: inibizioni, decreti, sentenze. Colle prime prescriveva: *ne quid novi faciat, ne quis de facto inquiretur*; coi secondi risolveva eccezioni, oppure disponeva *tempore ferendae sententiae*: convalidava i contratti dei minori, le alienazioni di dote, gli atti di volontaria giurisdizione, ed erano appellabili (Durante, II, *de appell.*, § 2). Vi era il decreto I e II in caso di contumacia e per *dare tenutam*, e la dottrina li assimilava alle sentenze interlocutorie (id., *de sent.*), appellabili e revocabili. Anche il decreto doveva pronunciarsi con solennità. La dottrina italiana bene precisò l'atto con cui il giudice accerta un rapporto di diritto materiale o processuale e quest'atto, cioè la sentenza, distinse dagli atti con cui provvede al regolare andamento del processo o con cui dispone misure esecutive. A tali atti assegnò minore importanza e anzitutto il carattere provvisorio e revocabile. Nel Napol. la revoca avveniva dietro istanza di *contrario imperio* con procedura rapida e semplice; recatesi le parti a casa del giudice, ordinato il *veniat scriba, certioratis partibus die... hora...*, se accoglieva l'istanza, scriveva: *revocetur*; se la respingeva: *iudex stat in decisis*. Contro i decreti era ammesso un solo gravame [1].

---

[1] Pragm. nap., 1738, § 1, n. 21: « Dei decreti interlocutori che si fanno in casa da Commissari per gli atti ordinatori che riguardano la com-

Digitized by Google

La sentenza è la giudiziale decisione della cosa controversa per la pronunciazione del giudice fatta secondo le formole di rito: così Durante, che tratta lungamente dei requisiti esterni di essa e delle formalità che l'accompagnano.

La prima cosa a notare è l'obbligo fatto al giudice di pronunciarsi con sollecitudine: abbia presenti i termini di perenzione. Del resto non si richiedono dalle leggi riassunti in fatto e in diritto o motivazioni. Il giudice, ciò è la preoccupazione dei legislatori dell'epoca comunale, non deve sonnecchiare sulle carte processuali: quindi gli ordini di sentenziare entro dieci giorni dal *conclusum in causa*: così prescriveva Federico II (I, 48, 70; II, 46) ed entro due mesi dalla citazione (II, 77) o sei mesi se si dovevano udire prove testimoniali (II, 52); salvo che non vi fosse stata la relazione al principe. Tali brevi termini furono mantenuti dalle leggi siciliane posteriori (Capit. Alphonsi, 3, 4, 39, 78) e dalle pramm. napoletane: e altrettanto brevi sono in tutte le regioni, coll'aggiunta che al giudice che non esaurisse il suo compito entro i termini prescritti, fosse tolta la causa e ne fosse investito *de iure* il tribunale superiore (1). Ma nello stesso tempo si disputava come la sentenza potesse annullarsi quando data con precipitazione, salvo dimostrare che il giudice era informato, che il convenuto era confesso, che erano per scadere i termini (2): ogni regola era distrutta dalle eccezioni.

10. Laddove il giudice era unico, nessuna norma poteva darsi sul modo di formulare la sentenza: si diceva che doveva stare agli atti e decidere *secundum probata et allegata*; in realtà era solo e decideva come sapeva e poteva. Nei primi tempi del Comune, le genti si affidavano alla coscienza (Carta de logu, 71), al buon senso e alla ragione dei giudici, che sotto l'ispirazione di Dio dovevano sentenziare: e i Consoli giuravano di così fare *sine malo ingenio et fraude* (Breve di Genova, 1143). In seguito colle magistrature collegiali le leggi, oltre che imporre di tenersi alle prove, alle risultanze esteriori del processo, dovettero stabilire norme

---

pilazione del giudizio si produca un solo gravame... poi non sia lecito reclamare nè di dire di nullità ».

(1) Editto di Emanuele Filiberto, 1516; Costit. piemont., 1770.

(2) PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, vol. III, pag. 521; MENOCHIUS, *De arbitr. iudic. quaest.*, I, qu. 42. Per la Rota romana (pars IX, recent. dec. 142) era affrettata la sentenza pronunciata entro i 5 giorni dal conchiuso.

Digitized by Google

per la formazione della sentenza, secondo il numero dei votanti, sul modo di porre i quesiti e le risoluzioni, sull'ordine di votazione, sul voto preponderante del presidente.

Le ragioni che condussero a creare giurisdizioni superiori fecero capire che queste non potevano essere costituite come le inferiori e che più persone vedevano meglio che una. Quindi fu principio nei collegi che la decisione non restasse individuale ma fosse collettiva: tutti dovevano essere informati, e vi era appunto un giudice relatore, che votava o no. A Roma nel tribunale collegiale del Campidoglio questo giudice teneva colloquio coi colleghi *de assectamento* (1), e la deliberazione era valida coll'accordo di due terzi. Nella Rota romana la funzione del relatore era importantissima: sulle sue proposte si votava: qualora i voti fossero pari, si nominava altro relatore e la causa era posta di nuovo in discussione. Nei tribunali collegiali di Venezia a sentenza con un voto di maggioranza non seguiva condanna, nè in civile nè in criminale: e allora la decisione si rimetteva al Doge (2). Prima però si ripeteva la votazione per cinque volte (3). A Napoli quando i pareri eran divisi, chiamavansi i giudici delle altre ruote, con diritto di voto: se i voti erano pari, al S. R. Consiglio e alla Camera di Vicaria, si aggiungevano consiglieri per giungere a una terza decisione: alla Camera di S. Chiara la parità portava all'assoluzione: nel caso 2 condannassero a morte, 2 a relegazione, 3 fossero per l'assoluzione, si assolveva. Anche le parti potevano chiedere aggiunti in cause gravi entro 15 giorni dal concluso: ciò fu vietato con Pramm. 1728, 1738. Il re e il vicerè potevano ordinare

(1) Stat. di Roma, ed. RE, I, 51; Stat. del 1469 e 1523, I, 90; MENESTRINA, *Processo civ. nello Stato pontif.*, in *Riv. ital. delle scienze giuridiche*, XLIII, 1907, pag. 152.

(2) Statuti civili anteriori al 1242, ed. BESTA e PREDELLI, c. 73, pag. 157: *Si duo fuerint iudices et alter eorum concordabitur in una sentencia et alter in altera, ante ducem sententiam suam dicant* e deciderà il doge. Altra legge del 1343 nel volume Stat. Venet., VI, 6, Ven., 1606: *si contingerit iudices in dispari numero constitutos habere opiniones diversas ita quod maior pars ipsorum non convenerit in unum sed essent eorum opiniones tres vel plures debent venire ad Ducem et coram ipso conscientias suas narrare et illa cui Dux assensum praestiterit erit sententia*, pag. 90.

(3) Id., pag. 192, 203. Negli Stat. di Benevento, 1202, ed. CANGIANO, 1924, se i giudici non si accordano *consultatio fiat*, e si aspetti: e per indurli ad accordarsi presto *salarium non dividatur ante probationem sententie*.

Digitized by Google

la riunione delle Aule (1). In Sicilia volevasi la presenza di tre per pronunciare sentenza: se un giudice era assente e sopravveniva al momento della votazione, non poteva interloquire e non aveva diritto a *sportule* o *candele* (2). In caso di parità di voti, giusta il diritto romano, decideva il più anziano o il capo di rota. A Firenze e a Genova la sentenza che raccoglieva i voti di tutti i giudici di Ruota era detta *res iudicata* (3). Per consuetudine antica il più giovane o il relatore (4) erano i primi a votare: poi si chiamò il più anziano (5). Le votazioni erano palesi, dopo di aver invocato il nome di Dio e dopo di aver tutti dichiarato di essere informati appieno e che l'ordine giudiziario era osservato. Era obbligo mantenere il segreto della votazione (6).

11. Le solennità richieste per la sentenza sono in gran parte quelle del diritto romano. Era la continuità di norme che dall'epoca imperiale eransi conservate nelle città italiane? o erano prescrizioni uscite fuori dalle scuole del risorto diritto romano e sancite dalle leggi? oppure erano in parte inerenti alla natura stessa della sentenza e in parte al procedimento stesso in vigore? Tali solennità si concentravano nei seguenti punti: che la sentenza fosse scritta,

---

(1) Pragm. 1, § 6, de causis decidendis; Pragm. 19, 4, de ordine et forma iudicii. Al tempo di Ferdinando I si chiamavano nelle cause difficili a votare gli avvocati del S. R. Consiglio che non avevano difeso quella causa. L'unione delle Aule poteva essere chiesta dalle parti in cause di reintegra nei Sedili per privilegio di Carlo V (cap. imperiali: Pragm. 41, § 9, de causis decid.; MUSCATELLUS, *Praxis*, lib. II, parte 3; MOLFESIUS, *ad consuet. neapol.*, parte X, qu. 22; TAPIA, *De origine tribun.*, parte II, c. 11).

(2) CANDINI, *Codex iuris publici siculi*, 1798-1804, I, pag. 602; II, 2, pag. 12.

(3) SCACCIA, *De sententia et re iudicata*, Ven., 1629, pag. 280. Quest'opera di 500 pag., che forma la terza parte del *Tract. de iudiciis*, gli è di gran lunga inferiore e ha tutti i difetti delle opere giuridiche del 600. L'argomento scompare sotto le divagazioni più impensate: le prime 100 pagine si diffondono a spiegare perchè la sentenza devesi iniziare col nome di Dio, come il giudice debba sapere chi è Dio, come debba essere onesto, e tratta delle varie qualità dei giudici. Altre 130 pag. trattano della facoltà che hanno le parti di prorogare. E nessun vero studio vi è sulla sentenza e tanto meno sulla cosa giudicata.

(4) *Sic. sanct.*, tomo II, pag. 462.

(5) LANFRANCUS DE ORIANO, fogl. 96, n. 9.

(6) Il cit. Stat. di Benevento, ed. CANGIANO, dice: *consilia de sententiis... non revelentur.*

Digitized by Google

letta pubblicamente, alla presenza delle parti citate, e pubblicata. L'inosservanza portava alla nullità. Non vediamo perchè sia necessario congiungere tali solennità a un diritto anteriore, perchè sono nella natura e nei fini del procedimento: la sentenza è pronunciata a viva voce, ovunque il processo è orale, e tale era in gran parte a Roma, lo era interamente nel medio evo e lo fu nei primi tempi del Comune: e tanto orale che il porla in iscritto parve ai Milanesi nei principii del 1200 una novità (1), e così a Roma stessa era la consuetudine (2): e il fatto che gli statuti prescrivessero rigorosamente il leggerla sullo scritto (3), mostra un perfezionamento nei riti, dovuto sia a una maggiore riflessione sulla opportunità di conservare la prova, sia all'influenza del diritto romano. A cominciare dalla glossa fino ai proceduristi è tutta la dottrina unanime nel volere l'osservanza di ciò che insegnava il diritto romano sulle solennità della sentenza, cioè metterla in iscritto, leggerla pubblicamente, alla presenza delle parti, citate due o tre volte od una col perentorio o colle denunzie: *sententia debet scribi et in scriptis recitari et per iudicem proferri*: deve esser letta e non basta pronunciarla se prima non è scritta: e devesi pronunciarla in luogo pubblico, altrimenti non vale. Vedremo i casi prospettati dalla Glossa perchè illuminano su certe particolarità relative alla amministrazione della giustizia.

12. Aderenti alla Glossa e ai proceduristi sono le leggi: così le Cost. fridericiane (I, 78): *omnes sententias definitivas proferant in scriptis... verbales et non scriptae nullius momenti reputentur*. La pratica eccettuò le cause di piccolo valore, e nelle curie mercantili si diè efficacia anche alle verbali (4). Anche Venezia, che ebbe in

(1) Consuet. mediolan., rub. 3: *Et habito consilio, in scriptis, quod fieri non consueverant, si summa causae 50 sol. excedat, proferunt.*

(2) TANCREDUS, IV, 3: *Licet scriptum sit quod sententia sine scriptis lata non teneat, dicunt tamen quidam quod illis iuribus derogatum est per contrariam consuetudinem quam etiam Romana curia servat quia tota die dat sententias et non in scriptis.*

(3) Gli Statuti richiedono che la sentenza sia scritta, copiata, letta e tenuta segreta prima di comunicarla alle parti. Così Stat. di Vercelli, 1241, pag. 128; Castro Arquate, 1445, II, 62; Bologna, 1737, II, 140; Venezia, ed. 1606, pag. 158, 164, 193; Stat. di Lodi, 1538, fogl. 4; Stat. di Verona, 1582, II, 114. Poteva pronunciarsi in italiano: *sententia inter vulgares debet ferri in vulgari*, dice BARTOLO, l. iudices, Cod. de sentent. et interloc., vol. VIII, pag. 68.

(4) STARABBA, *Privilegi e consuetudini di Messina*, 1901, pag. 282.

Digitized by Google

genere riti sommari, non deviò dalla regola comune: infatti Bertaldo (*Splendor*, c. 2, pag. 9), dopo di aver esposto gli atti precedenti la sentenza, cioè ritirare le carte, chiamare le parti (*estote varenti*), ci mostra il magistrato *sedendo et loquendo* a nome dei colleghi *proprio ore recitare praeceptum tenendo illud in manibus*. È quanto prescriveva Durante: la sentenza si deve leggere *sedens, non procedens seu stans: iudicis est sedere cum res plenam cognitionem desiderat* (1). Si considerino le oziose dispute delle scuole: era valida la sentenza pronunciata dall'alto di torre, sedendo, coi litiganti alla base? (2) Stando a cavallo si poteva dire che sedeva? Il sedere era solennità accidentale o sostanziale? Così pare volesse il diritto canonico a pena di nullità (3). Fu soltanto papa Clemente V che nel 1310 colla tanto citata Decret. *Saepe* prescrisse che nelle cause a rito sommario *sententiam definitivam* (*citatis ad id licet non perentorie partibus*) *in scriptis et prout magis sibi placuerit, stans vel sedens proferat, etiam, si ei videbitur, conclusione non facta prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum*. Ma nelle cause a rito ordinario l'inosservanza del precetto di aver letto la sentenza stando in piedi era allegata fra i motivi di nullità nelle pratiche del sec. XVI, dicendosi: *sedendo animus quiescit et quiescendo prudentior fit* (4). Quindi doveva il giudice *per se legere, proprio ore* (5) — *pronunciatio verborum per os iudicis*, e non affidarne ad altri la lettura, a meno che non fosse illustre o analfabeta: e se eran due, *simul pronunciare*, e se collegio, leggeva il presidente. Non potendo leggerla, bastava pronunciare: *absolvo, condamno, confirmo, infirmo* (6).

---

(1) DURANTIS, II, de sent., § sent. in iudicio prolata qualiter impugnetur, n. 10, 11. Vedi le stesse regole nella *Summa minorum* di M. ARNULPHUS, del 1250, c. 43, in *Quellen zur Gesch. d. roem. kanon. Processes in M. A.*, I, 1905, pag. 46; nell'*Ordo iudiciarius Scientiam*, c. 32, id., II, 1913.

(2) Gloss. ad l. 18, § 2, Dig., de acq. poss., XLI, 2.

(3) Così Bonifacio VIII, in c. 5, in VI, de sent., II, 14: *sententia quam stando non sedendo proferri contigit, nullius penitus est momenti.*

(4) VANTIUS, *De nullitatibus processuum ac sententiarum*, 84.

(5) Stat. di Rovereto, 1425, c. 12; Stat. Canavisii, ed. FROLA; Chivasso, 1306, II, 121; 1449, II, 197; Ferrara, 1264, II, 60 ed. LADERCHI.

(6) PILLIUS, III, § 16; TANCREDUS, p. IV, 1; GRATIA, III, 1; DAMASUS, tit. 84; BALDUS, *Practica iudiciaria*, f. 192; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica* f. 92; CHIOVENDA, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, nel giornale *La legge*, anno XLI, vol. I, Roma, 1901: ripub. nei *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pagg. 227-304.

Digitized by Google

Tale lettura doveva avvenire in giorno non feriato, in curia, nel pretorio, nel palazzo comunale, anche in chiesa, *in loco honesto et statuto* (1), col Vangelo davanti, perchè il giudice deve avere *Deum prae oculis* (2) e invocando Dio. Le sacre scritture stiano sempre davanti a lui e queste tenevano luogo del *iuram. iudiciale.* E mai di notte, *alias est nulla* (3), salvo che fosse per spirare la giurisdizione delegata, o le parti presenti lo permettessero o il giudice fosse oppresso dalla moltitudine delle cause. La sentenza pronunciavasi nel nome di Dio: a Napoli Ferdinando I, 1415, ordinò che quelle del R. Consiglio si pronunciassero in nome del Re (Pragm. 6, *de officio S. R. Cons.*).

13. Le sentenze della prima epoca comunale si distinguono per brevità e semplicità: si intitolano *breve recordationis*, o anche si iniziano senz'altro colle parole: *lis, controversia, discordia talis erat*, o anche più concisamente: *iudex et consul fecit finem de omnibus illis rationibus quae erant inter*, ecc. (4). La petizione dell'attore è detta *appellum* o *libellus* e la risposta *responsio*. Invocato il nome di Dio (5), il console *cum consilio et laudatione aliorum consulum* riassume così la *lis que vertebatur*... e che è stata *delata coram causarum consulibus treugianis in ecclesia residentibus. Petebat A... respondebat B.* Ed esposti brevemente i fatti: *litem per consules treug. cognitam sacramento calumniae duplici prestito taliter N. cum accordamento sui soci per sententiam partim per laudamentum, quia fuit positum in eis, sic definivit... videlicet per sententiam condemnavit... et per laudamentum absolvit et sic laudavit.... Hoc scripsit N. iuris amator* (6). Generalmente il giudizio è svolto alla presenza di buoni uomini (7); e la sentenza

(1) PILLIUS, III, 16; TANCREDUS, IV, 5: *non in lupanari vel popina.*

(2) P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. sententiae definitivae, pag. 185, 187.

(3) Così la Glossa al § omnis Inst. de verb. oblig. Le eccezioni contro la nullità in VANTIUS, n. 132; ALTOGRADIS, lib. II, c. 86; PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, III, pag. 519. E a lungo ne tratta POLYDORUS RIPA, *Tract. de tempore nocturno*, Pavia, 1600, c. 134. Ma in Toscana molte udienze si tenevano di notte e vi si sentenziava, riferisce SABELLI, *Pratica*, § Giudici, n. 104.

(4) an. 1200: *Regesto mantovano*, ed. TORELLI, 1914, n. 631, 662.

(5) *Atti del Comune di Milano fino al* 1216, ed. MANARESI, 1918, n. 3, 9, 220, 273, 305.

(6) *Regesto del Capitolo di Lucca*, ed. GUIDI e PARENTI, an. 1178, n. 1392; sentenza e laudamento, n. 1481.

(7) an. 1175, id., n. 1352.

Digitized by Google

è pronunziata *in arengo, in via publica ante portam..., in ecclesia, in domo episcopi, in broleto, in theatro publico, in consulatu, in casella consularie* (1).

Al principio del sec. XIII la sentenza riferisce il libello: *porrecto tali libello, cuius tenor hic est: Peto ut... salvo iure addendi et meliorandi* (2), mentre prima le ragioni delle parti erano riassunte: *dicebat, petebat, conclamabat.* Vengono da allora ricordati i testi, gli istrumenti, i sopraluoghi, i giuramenti deferiti: *quibus et aliis visis et auditis* (3), *testibus iureiurando examinatis,* il giudice dice: *absolvo a petitione, condempno,* ecc. La sentenza così conclude: *habito sotiorum et plurium iurisperitorum consilio talem in scriptis promulgavit sententiam: dixit et laudavit* (4). Il giudice si intitola *litis cognitor* e nota di aver sentenziato *cum consilio et accordamento meorum sociorum* (5): egli è anche console e i suoi soci sono *causarum et querimoniarum consules* o *consules de placito* (6).

Nè altro stile assunsero i formulari dei giudicati, quando crebbe la cultura giuridica, e sugli scanni sedettero giudici togati. Certo, secondo gli insegnamenti della scuola avrebbero dovuto riferirsi all'azione e riassumere il libello, i risultati delle prove, le ragioni delle parti, ed esprimere i motivi della decisione: ma nella pratica fu consuetudine riassumere tutti gli atti in questa frase: *viso libello, termino impartito, positionibus visis videndis... sententiamus.* Poi quando fu ordinato che nei giudizi si osservasse il rito sommario e si giudicasse *sola facti veritate inspecta,* come si esprime il Rito napol. (288), allora anche di minori formalità fu circondata la sentenza: non solo non fu riprodotto il libello, e con ragione, ma fu messo in disparte, potendo il giudice allontanarsi da esso, condannare *ad non petita et non deducta* nel libello e nelle posizioni, e attenersi alle prove degli articoli (7).

---

(1) MANARESI, op. cit., pref., pag. CXXI.

(2) an. 1205: *Atti del Comune di Milano,* n. 284.

(3) an. 1175: *Reg. di Lucca,* n. 1355.

(4) an. 1212: *Atti,* n. 296, 298, 357.

(5) an. 1176: *Reg. di Lucca,* n. 1355.

(6) an. 1178, n. 1370, 1377, 1481, 1531.

(7) CARAVITA, in *Ritus,* 288; Pramm. 1 del 1477: Dispendia litium, De ordine et forma iudic.; Pramm. 1738, id., c. 31; DE ROSA, *Praxis civ.,* II, pag. 87. Per la Sicilia, Pramm. 1576, tit. II, vol. I, pag. 23; CANDINI, *Codex iuris siculi,* I, 1798, pag. 605; CUMIA, *Praxis in Ritus,* 1588 forma sent., pag. 67.

Digitized by Google

14. Per la motivazione della sentenza o l'*exprimere causam* la legislazione più antica si rimise alla dottrina, la quale al principio non ne trattò che indirettamente, a proposito dei testi falsi [1]. Azone ne tace e si può ritenere piuttosto che non richiedesse la motivazione, facendo il caso di chi prima sentenzia e poi esamina la lite: e si ha sentenza nulla; e aggiungendo: *quaedam tamen omissa in sententia non nocent* [2]. Secondo Durante è in arbitrio del magistrato dichiarare le ragioni del suo giudizio, ma la mancanza di esse nello scritto non è motivo di nullità [3]; e in questo senso è pure Bartolo laddove scrive: *hodie non inseritur causa in sententia* [4]: e infatti Odofredo e Cino, come i glossatori, non fanno cenno dell'obbligo di motivare la sentenza.

La questione però agitavasi nelle scuole di buon'ora, e lo desumiamo dalla *Practica Baldi* (o d'altro anonimo) (1528, f. 43), dove è proposto come *prima questio*: *an valeat sententia sine cause expressione*. Il giudice, dice, non deve sentenziare velocemente, ma tornarvi sopra, ascoltare con attenzione le allegazioni e poi scriverla tanto se è civile che criminale: *quod si in sententia nulla causa continetur quae iudicem moverit ad condemnandum, vel si continetur non est iusta, sententia est annullanda quia in sententia requiritur quod causa exprimatur*: poi cita testi romani che appoggiano altra soluzione, e allora conclude: *tu vere distingue plenius*: *aut sententia est condemnatoria, tunc non est necesse inserere causam quia condemnatio habet respectum ad causam in praecedenti petitione deductam*: invece se è assolutoria, occorre dire la causa perchè sia salvo il diritto dell'attore che non fu dedotto in giudizio, e così deve farsi nella sentenza di appello per non imputarne la mancanza ai primi giudici, *quia cum inseritur in absolvendo videtur absolutus ab instantia iudicii*. Tale differenza è accolta da Bartolo [5], che dice: non è richiesta la causa *ad valorem sen-*

---

(1) *Dissensiones dominor.*, ed. HAENEL, pag. 201; HUGOLINUS, pag. 339; PLACENTINUS, *Summa ad Cod.*, de falsis instrum., f. 354; ODOFREDUS, *Lecturae*, ad l. 3, id., f. 464.

(2) *Summa in VII libr. Cod.*, pag. 761.

(3) II, de sentent., § 5, n. 14.

(4) Ad l. properandum, § illo procul Cod. de iudiciis, III, 1, vol. VII pag. 95.

(5) Ad l. properandum, Cod. de iudiciis, III, 1. La causa è tacita per relazione agli atti: ad l. 3, n. 5, ad leg. Aquil., vol. V, pag. 230. E BALDO: *sine expressione causae valet*: in Auth. non licet, Cod. de libert., vol. VIII, pag. 94.

Digitized by Google

tentiae sed quoad gravandum vel relevandum gravatum (1). E se non era scritta, si presumeva fossero i motivi contenuti negli atti, concludendosi così da altri che l'omissione non viziava la sentenza, interpretandola come riferentesi al motivo più conveniente. Altri dicevano: si dichiarino i motivi se le leggi l'ordinano (2): e poichè le leggi erano per lo più mute, la *Practica papiensis per totum orbem celebratissima* e a tutti necessaria di P. de Ferrariis così consiglia a proposito dell'*an iudex in sua sententia teneatur causam exprimere quare absolvat vel condemnat*: *dic quod regulariter non tenetur de necessitate*: anzi sarebbe pericoloso e fatuo il formularla mentre può tacerla, perchè la sentenza potrebbe poi essere dichiarata nulla se la causa fosse trovata falsa o erronea (3). I casi in cui si è obbligati a esprimerla necessariamente, erano i seguenti: in appello quando revoca sentenza di giudice inferiore: in caso di assoluzione del convenuto, o di sua condanna nella lite ma non nelle spese; o di sua assoluzione perchè impossidente; in caso di scomunica, ecc. (4).

Così dunque la dottrina del 400. Le leggi municipali si rimettevano a questa, e anche Scaccia non pone la mancanza della causa fra i motivi di nullità: e della stessa opinione sono i trattati *de nullitatibus*. Certo non era imposto l'obbligo di motivare dalle antiche leggi sabaudo-piemontesi o dalle venete: e l'uso dei motivi si era introdotto in Piemonte tardi e così a Venezia, come risulta dai commenti del Sola e dalla pratica civile veneta del Priore. Dicasi lo stesso per le città lombarde del sec. XVII. In Toscana la motivazione fu ordinata tardi, nel sec. XVII (1678) anche se le parti non la chiedevano (5): a Roma era inserita nelle sentenze rotali col voto od *opinamento* che aveva ottenuto la maggioranza. A Napoli dall'epoca sveva fino al 1774 non fu ordinata nè usata, e si ritenne non essere necessario *exprimere causam quae absolvat vel condemnat*: e più tardi si giustificò il silenzio ripetendo

(1) Ad l. 4, Dig., XXVI, 10.

(2) ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *Tract. de maleficiis*, pag. 233.

(3) In forma sent. defin., pag. 187.

(4) Per la scomunica la voleva anche DURANTE, II, 4, de sent. prolat., § qualiter, v. verum et si rationes.

(5) CANTINI, I, 42, 207, 209; XIX, 97; XXX, 39. Intanto nelle *Decisiones causarum Rotae Florentinae* di MAGONIO, Fir., 1587, decis. 41, 54, 137, si parla di *motiva sententiae quae sunt pars sententiae et per ea declaratur ipsa sententia*.

Digitized by Google

quel che De Ferrariis aveva detto sul pericolo di offrire motivi per la nullità. Ma nel 23 settembre 1774 Ferdinando IV ordinò la motivazione delle sentenze in fatto e in diritto, e che non passassero in cosa giudicata prima di essere pubblicate coi tipi della r. tipografia. Scrive Vinc. Aloi nelle aggiunte al De Rosa (1793): l'esperienza insegnò che con quella legge si ritardava assai il corso dei giudizi: le magistrature si spaventavano nella ricerca dei motivi in mezzo a tanta farraggine di leggi patrie e nelle varie interpretazioni del diritto comune; nè lo scopo della Pramm. era raggiunto, quello cioè di sopprimere l'arbitrio dei giudici sotto pretesto dell'equità [1]. Ai reclami rispose un rescritto regio del 26 novembre 1791, che permise ai giudici di non motivare le sentenze. Pare che in Sardegna la motivazione fosse di uso antico, per quanto è attestato dallo Stat. di Sassari (II, 7): *leier in sas coronas summas dessos consizos et issas sententias dessas coronas*; se non sa leggere e scrivere *sai sententias et issas summas non bazan et sien de nensiunu valore*. Le *somme* erano i motivi.

Dunque fino al sec. XVIII la sentenza era valida se conteneva il nome del giudice e delle parti, la sostanza delle domande, i *substantialia causae*, così espressi in riassunto: *viso libello, termino impartito, testibus et positionibus visisque videndis, visa citatione vel monitione ad sententiam*. Sono intuitive le conseguenze del principio che non chiedeva al giudice la ragione del suo giudizio, ponendolo al di sopra o al di fuori di ogni responsabilità, di ogni sindacato. *Absolvo quia absolvo* ed era finito: cosicchè mentre si diceva che egli doveva pronunciare *secundum allegata et probata*, in realtà pronunciava *secundum conscientiam*. L'applicazione di tale principio ripercuotevasi sulla questione delle nullità da cercarsi in quelle formalità anteriori alla sentenza, nel corso della procedura, da rilevarsi negli atti e non nella violazione della legge, non dovendo dei motivi giuridici dar ragione la sentenza.

15. Un confronto fra i documenti della prima epoca comunale e le pratiche del 400 mostra la stabilità di quelle forme che servono a rendere certa e irrevocabile la sentenza, cioè la recitazione a viva voce e in pubblico, presenti le parti, e, come ora vedremo, almeno citate; ossia quello che voleva la natura delle cose e

---

(1) De Rosa, *Praxis civilis* cum animadv. V. Aloi, Napol., 1793, vol. II, pag. 87.

Digitized by Google

affermavano il diritto romano e il canonico (1). Tali solennità non avevano bisogno gli Italiani di apprenderle da altri popoli. La presenza delle parti era la conseguenza di un procedimento prevalentemente orale e del semplice ordinamento giudiziario, in cui organi ora importanti erano allora rudimentali. Le parti dovevano essere presenti, perchè così avevano promesso colla *cautio iudicio sisti*. Pare che fosse uso antico di prestare la *cautio iuratoria*, ma poichè i giuramenti eran poco osservati, al sec. XII si vollero vincolare le parti per mezzo di pegni. Era una novità e così la chiama Giovanni Bassiano (*ex consuetudine hominum modernorum*), che apprezzavano l'*utilitas pignorum*: questi *moderni* vedevano nei pegni la garanzia più solida perchè si corrispondessero ai giudici le sportule ed il convenuto non si rendesse contumace allo svolgimento del giudizio e alla sentenza. La *nova hominum consuetudo*, la *ferrea et tenacissima nova aetas* del 200, più satura di previdenza mercantile che di rassegnazione francescana, *accipit pignora ab utroque, idest reo et actore*. Si era così sicuri che il perdente *stabit iudicio* (2), e meglio ancora il giudice si assicurava le sportule in aggiunta al suo magro salario.

Poichè la pubblicazione era necessaria, le parti dovevano citarsi, e, compiuta questa formalità, la sentenza pronunciata in loro assenza era valida. La citazione doveva ripetersi tre volte o con un perentorio dalla parte *contra quam est lata*, altrimenti, dice Durante, *sententia non tenet* (II, de sent., § 8, n. 21). E tale obbligo ripetono le pratiche del 400; ed è imposto dalle leggi municipali fino al sec. XVIII (3): e così pure nel Napoletano e in Sicilia (4): citazione da notificarsi colle formalità consuete dal messo, *ad domum* e anche *per edicta*.

Anche in Sardegna le parti eran citate per dare il *laudamento*, cioè l'accettazione e la promessa di osservare la sentenza. Col tempo però le parole *sententia non tenet*, ecc., avevano ricevuto

(1) l. 6, Cod. de sent. et interloc., VII, 45; l. 3, 2, Cod. de sent. ex peric. recit., VII, 44; Nov., 82, c. 5; c. 4, in VI, de sent. et re iudic., II, 14; c. 2, Clem. de verb. sign., V, 11.

(2) *Summa de editione actionis*, in SAVIGNY, *Storia del dir. rom.*, III, pag. 440.

(3) Stat. di Trento, c. 50; Ferrara, 1567, II, 64; Verona, 1582, II, 115; Bologna, 1515, f. 173; Bergamo, 1727, II, 19.

(4) *Ritus M. C.*, 75; Pragm. 18, § 3, de ord. et forma iudic. E per la Sicilia, *Ritus*, 76, e i commenti di CUMIA, 1588, pag. 381.

Digitized by Google

nella pratica un'attenuazione, perchè erasi ammesso che, se al giorno stabilito non erano presenti le parti o i loro procuratori, il giudice fosse autorizzato a leggerla egualmente nella *prima udienza*: così diceva l'antico stat. di Roma (ed. Re, I, 54). Nel Napoletano invece della citazione si era introdotto il principio che bastasse il *mandatum de parendo* intimato dieci giorni *post lectam et latam*, e ciò dicevasi conforme al diritto romano. Per la Sicilia, il Baronio, che nel 1645 pubblicò un voluminoso trattato sulla citazione, ci informa: *hodie loco citationis ad sententiam fit ad dicendum et alligandum*: *sed in Regno* (cioè nel Napoletano) *hoc non servatur, quia etiam hodie fit citatio ad audiendam sententiam* (1). Ma al sec. XVII anche a Napoli la citazione fu abbandonata e si usò far valere l'ultimo atto, cioè il *conclusum*, come rinunzia e preclusione a produzione di atti e all'abilitazione del giudice a sentenziare: però solo nei tribunali della capitale, perchè nelle province continuò la citazione, senza notificazione (2).

La sentenza passava in cosa giudicata anche se le parti citate non erano presenti alla lettura: però era prescritto che al giorno indicato nella citazione il giudice dovesse sedere e leggere la sentenza *alias est nulla ipso iure* (3); poi facesse scrivere negli atti che le parti eransi citate e che alla presenza loro fu *lata*, *aliter est nulla* (4). Durante ancora diceva nulla *sententia lata contra citatum non peremtorie* anche se fra le parti fosse convenuto che non occorresse citazione (II, *de citat.*, § 3, n. 14 e 15), e nulla ancora per l'assenza di una parte *nisi ad hoc terminus peremptorius sit statutus* (id., n. 8); poi insisteva sulle tre citazioni e il perentorio (II, *de sent.*, § 8, n. 21). Tali prescrizioni inducono nell'opinione che non fosse necessaria la notificazione, e che i giudici ritenessero esaurito il loro compito quando avevano fatte le citazioni e pronunciata la sentenza pubblicamente. Perfino non sen-

(1) BARONIUS, *De citatione*, quaest. 16, § 213.

(2) Per Napoli v. MUSCATELLUS, *Practica*, lib. II, pag. 215; ROSA, *Praxis civ.*, pag. 84; SORGE, pag. 604.

(3) BARTOLUS, ad l. 5, Dig., quod vi aut clam, XLIII, 24; l. 21, Dig., XXXV, 1. Invece per diritto canonico potevasi pronunciare anche al giorno seguente senza nuova citazione; FELINUS, in c. consuluit, 24, X, de offic. deleg., I, 29. Ciò era permesso farsi in civile, quando l'attore accusava la contumacia del convenuto.

(4) BARTOLUS, ad l. 5, § 1, Dig., de quibus ex causis, XLII, 4.

Digitized by Google

tivano il dovere di rispondere con sollecitudine (1) all'appellante che *instanter* chiedeva le lettere dimissorie e che doveva *saepius* ripetere la preghiera (Pillio, cit.).

Ma nelle scuole non tardossi ad avvertire la possibile questione sul tempo per appellare riservato al soccombente che non fosse presente alla lettura: da quando decorreva? dal giorno della sentenza o della scienza? Il diritto romano si era pronunciato (Nov., 3, c. 1; l. 1, § 15, Dig., XLIX, 4) nel primo senso: il canonico pel secondo (c. 8, in VI, II, 15). Pillio abbraccia il principio canonico (III, 17): *computatur spatium* 10 *dierum post scientiam idest postquam scivit absens esse sententiam contra se latam.* Della stessa opinione furono Tancredo ed Ugolino (2). Il modo normale di comunicarla alle parti fu dato dalla solenne pubblicazione (3), che seguiva alla lettura a viva voce nell'aula del tribunale. Nè Pillio nè Tancredo ne parlano, perchè dar notizia della sentenza all'assente era piuttosto lasciato alla sollecitudine della parte interessata che del giudice. Ma vi era sempre la questione del tempo per appellare e della *scientia* per cui al sec. XIII si pretendeva che questo decorresse *donec iudex non fecerit copiam de instrumento sententiae parti ut possit deliberare an sibi expediat appellare*, opinione che Durante condanna come fatua (II, 4, *de appell.*, § 5).

16. Si deve arrivare al sec. XIV per trovare menzione della notificazione per pubblico officiale (4). Una Clem. (3, I, 3) aveva disposto per una *intimatio* e per una *publicatio* di atti giudiziari perchè la loro notizia pervenga a chi di ragione e ne aveva anche stabilito le modalità: diede essa occasione alla notifica della sentenza? Nei Comuni italiani il *nuncius* andò, nel corso del 300, acquistando funzioni sempre più importanti, ed ecco che già Baldo parla della *notificatio sententiae latae contra aliquem* da farsi *per publicum officialem* (5): ed inoltre osserva che colui che non crede

(1) Vedi docum., an. 1286, in FICKER, IV, n. 490, citato da CHIOVENDA, pag. 249.

(2) TANCREDUS, IV, 5, § 7; HUGOLINUS, § 343, *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 486.

(3) CHIOVENDA, *La pubblicazione e notific. delle sentenze civili*, in *Legge*, 1901, e in *Saggi di dir. process. civile*, Bologna, 1904, pag. 227 e segg.

(4) BALDUS, ad l. 1, Cod. de temp. appell., VII, 63. Anche la *Practica Baldi*, 1528, f. 55, de appell. sent., parla della pubblicazione.

(5) Alla stessa l. 1, Cod., VII, 63.

Digitized by Google

al nunzio notificante e crede ad altro nunzio affermante non essersi pronunciata sentenza entro i dieci giorni, ne pianga le conseguenze (1). Dal che risulta che il nunzio al tempo di Baldo non rilasciava copia della sentenza, ma solo oralmente riferiva la decisione pronunziata, o meglio la leggeva (*lecto instrumento*), come diceva Bartolo (2); e a lui si doveva credere, perchè egli era pubblico officiale, incaricato della *publicatio instrumentorum*, nel qual nome erano comprese anche le sentenze (3). A tale notificazione *in publica forma* alludeva papa Innocenzo IV quando scriveva che da essa *currit tempus appellandi* (4).

Al 1400, epoca in cui P. de Ferrariis compose la tanto citata *Practica papiensis* così ricca di informazioni, la notificazione era fatta *lecto instrum., vel data copia parti*, ed egli, a proposito del tempo per appellare, consigliava quello che *solent prudentes*, cioè *notificare sententiam debito modo videlicet in forma publica quando condemnatus non fuit praesens sententiae* (5), sciogliendo così la questione che *tempus appellandi non currit nisi a tempore scientiae non autem a tempore sententiae*: e lo *scire* ormai si collega alla *certitudo* che nasce dalla notifica; non si presume *nisi certificetur de eius tenore* (6). Da questo momento viene la regola della notificazione all'assente (7), o almeno consigliavasi quale cautela opportuna specialmente quando la citazione *ad audiendam sententiam* fatta *per edictum* lasciava il dubbio che il citato avesse notizia dell'obbligo a comparire: dal che inferivasi non essere necessaria la notizia se la citazione era stata personale (8). La notificazione non escluse la consueta solenne pubblicazione e la citazione; e questa poteva pretermettersi laddove era inteso che la citazione iniziale *ad totam causam* rendesse superflue le altre (9). Ma sempre per favorire l'assente, la dottrina posteriore al sec.

---

(1) Ad Auth. hodie, l. 6, Cod. de appell., VII, 62; Nov. 23, c. 1: *hodie tribuitur spatium decem dierum*, ecc.

(2) Ad l. 8, § 6, Dig. de op. novi, XXXIX, 1, vol. III p. 14.

(3) DURANTIS, II, de instr. edit., § 4, n. 28; II, de dilation., § 1, n. 17.

(4) In *Decretalia*, c. 1, ut lite non cont., II, 6.

(5) Forma appell., pag. 188.

(6) ALEX. TARTAGNI, ad l. 58 sciendum, Dig. de verb. oblig. XLIV.

(7) PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, lib. XIV, vol. III, pag. 529.

(8) RIDOLPHINUS, *Praxis*, parte I, c. 13, 127, e p. III, c. 2, n. 10; ASINIUS, *Praxis*, § 2, cap. 20; SCACCIA, *De sent. gloss.*, 9.

(9) DE FERRARIIS, *Forma sent. defin.*, n. 25, pag. 176.

Digitized by Google

XVI ritenne che nemmeno la citazione *ad audiendum* dispensasse dalla notificazione, che a Napoli divenne obbligatoria; tanto che la citazione perdè ogni importanza, anzi cadde in disuso, bastando l'ultimo invito a comparire e a dedurre, cioè la *citatio ad dicendum et allegandum*.

La pratica nel sec. XVII ritenne la notificazione essere il mezzo più sicuro, consigliabile ed ovvio, per fissare il momento della conoscenza della sentenza da parte del soccombente, mezzo eccezionale e sussidiario accanto al normale che era la pubblicazione, tanto che la notifica ritenevasi superflua laddove la scienza risultasse d'altra parte, come da prova testimoniale, presentazione di appello, confessione. Tutto ciò voleva significare altre controversie giudiziarie, che le leggi del sec. XVIII ritennero prudente eliminare abrogando ogni formalità e solennità di pubblicazione, ordinando al cancelliere di notificare verbalmente la sentenza ai procuratori delle parti, appena gli era rimessa dal magistrato, e facendo obbligo ai procuratori di comunicare alle parti il contenuto della sentenza. Così le Costit. piemontesi del 1770 e le modenesi del 1771 conservarono la solennità della pubblicazione e la previa citazione *ad audiendum*. Nel Napol. la Pramm. del 1738 che richiedeva la monizione alla sentenza, volle anche la notifica (1), salvo che per quelle del S. R. Consiglio. La ragione di ciò, dicevano i pratici, non essere nella supposta scienza dei litiganti e nel nome di *lectae latae* dato alle sentenze, ma perchè anticamente non vi era rimedio contro di esse, e solo dopo la loro esecuzione potevasi proporre supplica per la revisione (2); e quindi a chi aveva perduto la causa facevasi dopo 10 giorni il *mandatum de parendo*. Ma poichè colla Pramm. del 1738 potevasi impedire l'esecuzione delle sentenze del S. Consiglio coi rimedi delle nullità e della *restit. in integr.*, si ritenne che perciò quel mandato facesse le veci di notifica; in ogni modo era uso notificare tanto al procuratore acciocchè potesse giovarsi della sentenza, quanto al principale acciocchè obbedisse.

In Sicilia non si parla di notificazione: le leggi antiche solo dicevano che la sentenza dovesse pronunciarsi entro 10 giorni dal concluso (Const. r. Sic., II, 52, 77), che dopo quel termine

(1) Pragm. 18, § 1, n. 2, de ordin. et forma iudic.

(2) Pragm. 5, de offic. S. R. Cons., an. 1545; ALOI, nelle aggiunte alla *Praxis* di DE ROSA, 1793, II, pag. 87; MORO, *Pratica civ.*, I, 391.

Digitized by Google

il processo si restituisse alla Curia (1) e che l'appello si interponesse fra 10 giorni da computarsi dal giorno della sentenza (2). Si intendeva che, decorsi i 10 giorni, le parti erano tenute a prenderne diretta conoscenza nella cancelleria. Vi era la citazione *ad aud.* e nel giorno fissato doveva pronunciarsi, *alia est nulla* (3), con gravi conseguenze a carico del giudice. La sollecita esecuzione da parte del vincitore e la breve decadenza dal diritto di appellare erano mezzi sufficienti per indurre la parte a informarsi della sentenza, senza obbligo di notificazione.

17. La sentenza era interlocutoria o definitiva: la prima nella più antica dottrina italiana e poi in seguito ebbe un'esistenza tutt'altro che pacifica, perchè da tutti non le fu attribuita la stessa importanza. Quelli che aderivano alle idee romane, la limitavano a presupposti processuali e a questioni formali, pur ritenendo che potesse chiudere anche il processo nell'atto che negava l'esistenza dei requisiti processuali: dai rappresentanti di tale corrente era detta *sententia semiplena*, da pronunciarsi *sine solemnitate*; da ciò l'aforisma: *non omnis vox iudicis rem iudicatam facit*: nè mancarono dottori che, spingendosi più oltre, negavano all'interlocutoria il carattere di sentenza (così Bulgaro). Invece pel diritto canonico in certi casi valeva come definitiva, ed era sempre appellabile (c. 60, X, II, 28). Si tornerà su questo tema dell'appello: intanto basta enunciare questi diversi punti di partenza per comprendere la confusione che ne seguì nella dottrina, fin dai giorni della scuola di Bologna (4). Mentre per la Glossa e i *domini* la questione è appena avvertita (5), Azone si attiene al diritto romano e non fa cenno dell'importanza a cui il diritto canonico aveva elevato l'interlocutoria, che anche per lui è una sentenza semipiena sopra questioni emergenti, *non plena definitio*, e aggiunge: *vicem rei iudicatae non obtinet, nec omnis vox iudicis iudicati continet auctoritatem* (6).

---

(1) Capit. Alphonsi, 3, 4, 39, 78.

(2) Ritus Alph., 183, addit. A. SEPTIMI, *Comm. super Ritu*, ed. CONVERSANUS, Pal., 1614, pag. 71.

(3) Ritus Alph., 98, 433; P. PETROLI, id., pag. 237.

(4) Nei doc. le parti si cautelano così: an. 1207: *id quod iudicaverint definitive vel interloquendo... firmiter observari... ita quod interlocutoria habeat vim definitivae*; MURATORI, IV, 421.

(5) Gloss. ad l. 1, Cod. sent. rescind., VII, 50; HUGOLINUS, § 127, in *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 359.

(6) AZO, *Summa in lib. VII Cod.*, pag. 760; *Lecturae ad lib. III Cod.*,

Digitized by Google

Le due correnti che si scontrarono sul campo dell'interlocutoria, originavano dal formalismo, che gli uni volevano mantenuto nel processo, e da uno spirito più libero a cui gli altri si informavano. Il fatto che il giudice era chiamato a decidere una questione *non principaliter deducta*, cioè una pregiudiziale o un incidente od emergente non espressa nel libello dell'attore nè ammessa nella *lit. cont.*, era così rilevante pei primi, ed erano i civilisti, da imprimere a quella sentenza un valore secondario. Per gli altri, i canonisti, il libello nemmeno legava l'attore nel modo più stretto, la *lit. cont.* era una finzione, il giudice doveva avere libertà nei suoi movimenti per la ricerca della verità. Tali principii, che furono concretati nella Clem. *Saepe*, avevano sempre, in ogni momento, informato il procedimento canonico e ne costituivano la sua essenza. Si comprende come simili divergenze nei punti di partenza si dovessero mantenere in quello di arrivo, cioè nella formazione della sentenza: e quindi avvenne che per gli uni nessuna sentenza potesse esorbitare dalle richieste del libello: *quae adduntur ad illustrationem causae*, sotto qualsiasi nome, o devono essere scartate, e così pensava Bulgaro, oppure devono essere distinte secondo che trattasi di incidenti anteriori al giudizio, e allora estranei alla causa che sta davanti al giudice, e secondo che trattisi di nuova causa che allora cade di necessità sotto la sua cognizione: e tale era l'opinione di Giovanni Bassiano. Solo Piacentino formulò una tesi che voleva deferito al giudice la cognizione della vecchia e della nuova causa. Al tempo di Baldo, che riferisce tali opinioni a proposito: *an sit super incidenti pronunciandum* (1), la dottrina considerava le questioni incidentali come punti che in occasione del giudizio introducevansi nella causa principale e che potevano essere portati alla decisione *vel expresse vel tacite*, prima o nello stesso momento della sentenza definitiva, e in conseguenza non credeva di difendere l'estensione della *res iudicata* alla sentenza sopra i punti incidentali. Questa è una *semiplena cognitio*, anche in rapporto al rito sommario a cui è

---

ad l. 3, de dilat., pag. 185. Nella *Summa libellorum* di BERNARDO DORNA (*Quellen* di WAHRMUND, I) al c. 197 è detto: *interlocutoria nunquam facit ius*. Invece per l'*Ordo iudic. Scientiam* (id., II, 1913): *interlocutoria vero tenet... trahit secum executionem: ab ea necesse est appellare.*

(1) Ad l. 1 Cod. *de ordine iudic.* vol. V, pag. 183 e seg.: cfr. l. 35, Dig. XLVII, 15, ove fa alcune eccezioni se si disputa sullo stato giuridico del convenuto.

Digitized by Google

la questione incidentale sottoposta (1). E così avevano opinato Ugolino e Azone che pure avevano chiarito le *quaest. incidentes* distinguendole dalle *emergentes*, le prime riferendo ai *materialia causae*, le seconde identificando colle controversie sui punti processuali (2).

Tali furono le conclusioni a cui pervennero i rigidi formalisti, alle quali altre opposero gli interpreti del diritto canonicò, col rilevare come nelle materie spirituali, beneficiarie e matrimoniali vi erano incidenti che talvolta assumevano altrettanta importanza quanta la causa principale, e se emergenti che concernevano il processo, dissero da decidersi *non expectato fine causae*. Perciò ritennero che alle questioni incidentali si dovesse consacrare tutta l'attenzione e piena discussione; che se fossero risolte separatamente, la sentenza valesse come la definitiva, o se ne fosse rinviata la decisione, *ut simul terminetur cum negotio principali*, la decisione di questo inglobasse con pari effetto ciò che riguardava l'incidente. In ambo i casi era data *ex necessitate*, perchè cadendo *super uno articulo substantiali* involgeva *merita causae* (3). I canonisti dissero: *Si super deducto incidenter seu per modum causae partes assumunt disputationes et plene prosequuntur sicut ipsum principale, sententia lata in incidenti parit exceptionem rei iud. ac si principaliter fuisset de eo actum* (4). Non si deve stare al libello, ma a ciò che è articolato e provato, e la sentenza va intesa secondo le altre cose dedotte, *ex deductis et actis probationis*, di tal maniera che si possa dire: anche l'incidente fu esaminato *plene* (5). Da tali premesse si arrivò alla conclusione che la sentenza separata su incidente, cioè l'interlocutoria avesse *vim definitivae* (6) e che

(1) DURANTIS, II, 1, de incid. quaest.

(2) HUGOLINUS, dist. LVIII, in HAENEL, *Dissens. domin.*, pag. 570; AZO, *Summa in lib. III Cod.*, pag. 278.

(3) Gloss. in c. 5, Clem. de appell., II, 12; in c. 1, Clem. de caus. posses., II, 3.

(4) ABBAS PANORMIT., *Consilia*, lib. I, cons. 50.

(5) DURANTIS, II, de offic. omnium iudic., § postremo, v. tertio dicendum est. Nella Glossa, al c. 1, X, de ord. iud., II, 10, la dottrina è così riassunta: *incidens perimit, emergens quaestio differt.*

(6) Questa espressione, però non in senso tecnico, si trova già nei documenti italiani del sec. XII, vedi MURATORI, IV, 421 e WACH, *Arrestprozess*, pag. 182 n. 41. In senso tecnico trovasi nelle Glosse alle Decretali: Gl. *inanes* ad c. 47 in VI de elect. 16: *habet vim defin. hinc est quod revocari non poterit, et si appelletur, appellari potest ut a definitiva.* A

Digitized by Google

passasse *in rem iudic. quoad praeiudicium partis* (1). Solo con Bartolo e con Baldo si arrivò a ritenere che le cognizioni che colpivano direttamente l'istanza nel senso più lato avessero *vim definitivae* e non potessero essere revocate, e così pure fossero le decisioni sui punti pregiudiziali quando riguardavano non indirettamente ma implicitamente la causa principale (2). Bartolo così si espresse: *exceptio opponitur ad impediendum processum aut ad iustitiam causae et super ea est pronunciandum de necessitate* (3). In tal caso *sententia lata est super uno articulo principali quoad ad negotium principale* (4).

18. Da questo momento si può dire entra nella teoria la distinzione di interlocutorie in senso lato, le quali non chiudono il processo ma decidono una questione nel corso del processo, quindi una questione singola: e di interlocutorie in senso stretto che pronunciano sopra un singolo rapporto di diritto materiale. Si vide possibile una divisione del ragionamento del giudice sul merito; e allora si disse logicamente: *interlocutoria largo modo potest dici definitiva* (5) o meglio: vi sono *interlocutiones vim definitivae habentes*. Furono i giuristi italiani del sec. XV, Bartolomeo Saliceto, Giovanni da Imola, Paolo di Castro, Alessandro Tartagni, Angelo De Gambilionibus e fra i canonisti Innocenzo IV, Decio e Felino che chiarirono le distinzioni fra sentenze finali, preparatorie e interlocutorie (6).

Glos. *repulsione* ad c. 7 Clem. de appell. II 12 vi è una trattazione succinta della interlocutoria sopra eccezione perentoria. Vedi anche Glos. ad c. 1 Clem. de sequestr. II 1: Glos. in c. 1 § si vero in VI, II 15 de appell. Vedi ANT. DE BUTRIO, *Consilia*, 6: ABBAS PANORMIT. *Comm. in Decretalia*, c. 13 de appel. II, 28.

(1) Gloss. ad c. 32 cum dilectus X de election., I 6.

(2) BARTOLUS, ad l. 14, Dig. de re iudic., XLII, 52, n. 9 e 10; BALDUS, ad l. 1 Cod. sent. resc. non posse, VII, 50.

(3) Ad l. 1, Cod. de ord. iudic., III, 8, n. 13; ad l. 7, § 1, Dig. de compens., XVI, 2; l. 10, Dig., de his qui sui, I, 6; l. 1, Cod. de ord. iudic., III, 8, verb. quaero utrum; IASO DE MAYNO, *Lecturae in Instit.*, IV, de action., § praeiudiciales, n. 206.

(4) Gloss. in l. 39, inter utile, Dig. de minor., IV, 4; BALDUS, in l. 1, Cod., quando provoc., VII, 64; BALDO nel *Consil.* 344, lib. I, chiama anche sentenza mista siffatta interlocutoria. Ma alla l. 1 e 5, Cod. de postul., vol. V, pag. 130 scrive: *interloc. durat durante officio interloquentis quia pertinet ad eius auctoritatem.*

(5) DURANTIS, II, de sent., v. large tamen.

(6) Saliceto, Paolo di Castro e l'Imolese ne parlano nei loro commenti

Digitized by Google

E d'allora le distinzioni non ristettero nel campo dottrinale ma acquistarono importanza pratica specialmente riguardo alla revocabilità delle interlocutorie e alla possibilità del loro appello (1). È chiaro che gli *interlocuta* aventi *vim sententiae defin.*, che *litem perimebant*, erano irrevocabili. Conforme ai loro concetti sulle interlocutorie, di altra opinione erano stati i glossatori e Azone (2): ma invece i canonisti, fermi sulla distinzione di interlocutorie sul merito e di altre sulla forma del processo, avevano affermato la irrevocabilità delle prime (3): e fu questa soluzione che poi prevalse nella pratica al sec. XV (4). Intanto va notato che, come in altre materie, anche in questa delle sentenze molto si scrisse senza riescire a una teorica, ma solo procedendo per esempi: così fra le interlocutorie *vim def. hab.* si ponevano le sentenze dichiarative di incompetenza, di assoluzione dall'osservanza del giudicato, di deserzione dal giudicato, o dispositive di *aliquid dari vel fieri a parte* o respingenti eccezioni. Fu tale assenza di direttive che indusse alcuni rappresentanti della pratica italiana a tentare una via più semplice che evitasse le difficoltà dicendo

---

al lib. V, Dig. *de iudiciis*; Angelo de Gambil. specialmente nel l. *de debitoribus*; ALESS. TARTAGNI, *Comm. in Dig.*, l. 5, de verbor. obligat., XLI, Ven., 1577; INNOCENTIUS IV, FELINUS, DECIUS, in c. 13 e 60, X, de appell., II, 28.

(1) Così SCACCIA, *De sent.*; TUSCHUS, *Concl.*, v. *Sententia*, concl. 110 a 115; DE ROSA, II, pag. 86. È in ordine a ciò che si diceva: *sententia valet de non petitis sed probatis in causa*; PACIUS IORDANUS, *Locubrat. forenses*, vol. III, pag. 136.

(2) Gloss. *praetor*, ad l. 14, Dig. *de re iudic.* XLII, 52; AZONE, *Lecturae*, ad l. III Cod. de dilat., pag. 185, dice revocabili le interloc. *quae nihil dari vel restitui ut litis impensas imperet, alioquin contra*; HUGOLINUS, § 127, in HARNEL, *Dissens. domin.*, pag. 359: *sent. interloc. mutari potest*; e BARTOLO (ad l. 14, Dig. de re iud.) diceva parimenti revocabili le decisioni sopra *quaest. incidentes et emergentes:* e in Cod. *de sent.* vol. VIII p. 68 BALDO invece le vuole irrevocabili (l. haec actio, Dig. de edendo, vol. I, pag. 122) e inappellabili *ne lites immortales fiant* (ad l. parti, Cod. de iudiciis, vol. V, pag. 180).

(3) JOAN. ANDREAE, in gl. *inanes*, al c. 47, in VI, de elect., I, 6: *confirmatio facta vocatis iis qui vocando erant et cum causae cognitione, habet vim definitivae hinc est quod revocari non poterit*; PANORMITANUS, ad c. 60, X de appellat., II, 38.

(4) Più tardi la irrevocabilità di quelle aventi *vim defin.* fu sostenuta dal PANORMITANUS, c. 60, X, de appell., e accolta da LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, tit. de interloc. et appell., n. 19-21; da P. DE FERRARIIS, in form. appell. ab interloc., pag. 174; da ALESS. TARTAGNI, ad l. 5, de verb. oblig., e nei *Consilia*, lib. VI, cons. 182.

Digitized by Google

aversi interlocutoria in senso largo *quando iudex procedit ex solo officio committendo servitori* (così Maranta), quando l'interlocutoria cade su materia indifferente, per la quale nemmeno occorre citare la parte nè richiedesi l'osservanza delle solennità; essa in tal caso non partorisce azione, è soggetta a revocazione non ad appello.

Dopo il sec. XVI la dottrina concluse in questi termini: vi sono sentenze interlocutorie eguali alle definitive: tali sono *quoad articulum quem definiunt* (1), e sono appellabili: ve ne sono altre diverse dalle definitive *quas prammatici provvisionales vocant*, che non pregiudicano il merito: distinzioni osservate in codici passati ma abbandonate nel nostro che « per le gravi difficoltà a cui la pratica era andata incontro ha bandito ogni differenza di appellabilità fra sentenze e sentenze, dichiarandole tutte appellabili anche se interlocutorie » (2).

Le suddette innovazioni dei canonisti e giuristi si spiegano avendo presente il carattere del procedimento canonico ma più dell'italiano dopo il sec. XIII, che portò quello alle ultime conseguenze dottrinali e pratiche. Scopo del giudizio, nel suo ordinamento esterno, era di decidere una dopo l'altra le varie questioni in litigio: quindi nell'indagine diretta a stabilire la verità materiale si intendeva arrivare alla decisione della *res litigiosa* attraverso a tutti gli incidenti e le eccezioni presentate. In tal modo l'intera *causae cognitio* veniva frazionata in tanti giudizi sulla legalità dei singoli separati atti processuali; e in tali giudizi poteva anche verificarsi una conclusione di portata definitiva o pregiudicatrice, equivalente, per es., ad una *absolutio ab istantia*. Risulta in tal modo chiaro: 1° che il processo veniva a trovarsi diviso in tante fasi o sezioni probabilmente anche a sè stanti; 2° che ogni decisione sul merito esauriente una fase acquistava nel suo intrinseco significato e valore di sentenza finale. Logicamente dunque la dottrina italiana creò la categoria delle interlocutorie aventi egual valore delle definitive, dottrina che esercitò poi influenza nel determinare il criterio della cosa giudicata.

19. La definitiva chiudeva il giudizio. A Venezia era chiamata

(1) FABER, *Codex fabrianus*, lib. I, tit. 10, def. 10; lib. VII, tit. 15 e 19; TESAURUS, *Decisiones*, 81; DE LUCA, *De iudiciis*, disc. 36, 37; RICHERI, *Iurisprud.*, XII, § 724, pag. 174; Stat. Canavisii; Chivasso, 1449, II, 195; Valperga, 1502, III, 50.

(2) ROCCO, *La sentenza civile*, 1906, pag. 165.

Digitized by Google

a giustizia quando decideva la domanda dell'attore sulle testimonianze prodotte: *a legge* quando decideva su titoli pubblici o privati. Colle formole *viso libello, visa contestatione* il giudice attestava di aver sentenziato con cognizione degli atti (1). Ma fin dal tempo di Durante i tribunali italiani ritennero valida una sentenza così formulata: *condemno te reum in eo quod petitum est, si actor probaverit quod intendit* (II, 3, de sent., § iuxta), con riferimento cioè al giuramento che l'attore prestava anche dopo la sentenza (v. capo XI). È probabile che fosse possibile in diritto romano una sentenza condizionale (2); certo è che la Glossa (l. 12, Cod. IV, 1, v. *imponere*) fece il caso di una sentenza di assoluzione o di condanna *si reus iuraverit*, che nelle scuole si discusse se era o no ammissibile, ritenendo alcuni che *non hodie fieri debet sub conditione ut olim fiebat* (3), che Azone e Odofredo agitarono la stessa controversia dichiarando che il giudice poteva in unica sentenza deferire il giuramento e pronunciare la decisione secondo che si era o no giurato (4): mentre Pillio (III, 16) aveva scritto: *non est ferenda sub conditione: lata tamen tenet.* Non vi è motivo di attribuire tale pratica a tradizioni germaniche che proprio in questa materia si facessero sentire nei tribunali italiani, e vi si deve piuttosto riscontrare un naturale prodotto di certi presupposti procedurali nostrani relativi alla credibilità dell'attore giurante *de cal.* o *de veritate dicenda*, che autorizzavano il giudice a pronunciarsi *rebus sic stantibus*. Si otteneva anche così indirettamente quell'abbreviamento delle liti, voluto dalle leggi; e per raggiungere tale risultato ebbero ingresso nella procedura altre forme di sentenze, le quali, come ora si vedrà, liberavano i giudici dalle minacciate pene. Del resto anche nel foro ecclesiastico si pronunciavano validamente sentenze condizionate al giuramento da prestarsi (5).

---

(1) Non però *ex causa non deducta* sebbene provata, salvo che il giudice avesse arbitrio *in procedendo* o il libello fosse con clausola salutare; MENOCHIUS, *De arbitrar. iudicum quaest.*, I, qu. 31; PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, III, pag. 136.

(2) VASSALLI, *La sentenza condizionale*, 1918.

(3) *Dissens. dominor.*, ed. HAENEL, pag. 218.

(4) AZO, *Lect.*, ad l. 11 e 12, Cod. de rebus creditis, pag. 256; ODOFREDUS, *Lect.*, ad h. l. f. 203.

(5) HOSTIENSIS e PANORMITANUS, *Decretalia*, ad c. 15, II, 27; VASSALLI, pag. 37, n. 2.

Digitized by Google

La tesi della sentenza condizionale ebbe l'approvazione di Bartolo e di Baldo (1), e fu così canonizzata, e non è da insistere nel corso che fece presso molte curie (2), anche perchè poteva ritenersi quale interlocutoria (3): e in quanto al giuramento nemmeno era riguardato condizione, dicendosi *esse cum sententia*, che non richiedeva *nullum aliud iudicium seu declarationem* (Scaccia). Al di fuori del giuramento, l'ammissibilità della prova in genere della sentenza condizionale fu appoggiata da quelli che volevano la prova fosse compiuta *in continenti* e che la condizione fosse estrinseca (4); però l'opposizione prevalse in alcuni statuti del secolo XV, come a Lucca: *iudex proferat simpliciter et pure et sine conditione*, dove anche non si ammise la formola di condannare o assolvere *in quantum sit condemnandus vel absolvendus per acta* o *in quantum probationes fiant, alias non fiant in futurum*, come anche si vietò *positiones vel exceptiones admittere salvo iure impertinentium et non admittendarum* (5).

In queste parole dello statuto di Lucca sono riassunte le varie clausole sospensive che la pratica era venuto introducendo per sentenziare senza definire, prescindendo dalle prove ordinate e rendendo possibile la riapertura del processo. Era uso che il giudice dicendosi *nondum plene instructus* sentenziasse colla clausola *pro servato, prout in cedola subscribenda*, riferendosi ad una carta che affermava aver consegnato al cancelliere, anche che fosse stata in bianco (6). Intendeva così di essere in regola colla legge per determinate evenienze. E anche era uso conchiudere la sentenza *sine causa*, cioè senza motivazione colle parole *condem-*

---

(1) BARTOLUS, l. ait praetor, § 1, Dig., XLII, 1; l. 15, § 1, id.; BALDUS, l. 2, Cod., VII, 45 e nelle aggiunte a Durante, II, de sentent.

(2) In Piemonte era usata, come risulta da SOLA, pag. 520 e da AB ECCLESIA, *Observ.*, 25; a Roma era d'uso comune, dice VESTRIUS, p. II, c. 14; RIDOLPHINUS, p. I, c. 2.

(3) Così Bartolo, l. cum iudex, Cod., VII, 45.

(4) La stessa Glossa alla l. cum iudex, Cod., VII, 45, voce *palam*; PAULUS DE CASTRO, *Consilia*, 15; BALDUS, l. 2, Cod., I, 21; e dei canonisti INNOCENTIUS IV, c. 12, X, II, 22; FELINUS, c. 15, X, II, 27.

(5) Stat. del 1446, riferito da VASSALLI, pag. 42, che cita gli stat. dei Laghi di Como e di Lugano, c. 220, e di Ancona, 1484, vietanti le condanne penali condizionali.

(6) RIDOLPHINUS, *Praxis civ.*, p. I, c. 8, n. 255; c. 13, n. 336; PACIUS IORDANUS, *Lucubrationes*, lib. XIV, vol. III, pag. 517 e 576. E pel Piemonte v. RICHERI, *Iurisprud.*, vol. XII, § 735.

Digitized by Google

namus condemnandum, absolvimus absolvendum prout declarabo (1). Fosse o no pronunciato interlocutorio, nulla risolvendo e tutto rinviando ad altra sentenza, il risultato era che il giudice aveva inteso obbedire all'obbligo impostogli dalla legge di sentenziare entro il biennio o il triennio dalla citazione o entro i due mesi dopo il concluso (2), riservandosi di decidere definitivamente, se le parti insistevano con nuova istanza. Si è visto come i termini fossero fatali (3), e come le dilazioni accordate per circostanze straordinarie, la malattia del giudice, la morte di un suo parente, la guerra, le pestilenze, ecc., dovessero giustificarsi: con tale espediente si riteneva rispettata la legge e libero il corso agli ulteriori atti procedurali, tanto che tale sentenza era appellabile e con una forma analoga, perchè, decorrendo il tempo per appellare dal giorno della pronuncia, che d'altra parte ignoravasi, l'appello si presentava colle espressioni: *appellamus quatenus contra*, cioè facciamo riserva del diritto di appello, se ne sarà il caso.

20. Al *decretum sigillatum et clausum* alludono le leggi siciliane, vietandolo come contrario al diritto che voleva la sentenza certa e palese (4), e di altri espedienti puerili parlano Matteo de Afflictis, Lanfranco di Oriano e più di tutti Vanzio e Altimare a proposito di sentenze nulle (5). La sentenza doveva essere scritta ma letta *sedens*: invece si diceva: *profero sententiam*, senza pronunciare le parole rituali: *absolvo* o *condemno*; oppure con riserve: *condemno te salvis exceptionibus tuis* (6), *condemno prout constat ex actis, prout laudabitur per talem secundum consilium ferendum*. La sentenza doveva firmarsi da tutti i giudici e non osservavasi tale prescrizione. Poi con queste altre formole: *alio non apparente, altro non fatto per ora, visis causis deductis et deducendis*, si inten-

(1) Su questa formola v. BALDUS, l. 2, Cod. VII, 51, e più tardi RIDOLPHINUS, *Practica*, I, c. 8, n. 255; MUSCATELLUS, *Praxis*, lib. I, p. VII.

(2) Così per es. in Sicilia: Capit. Jacobi, 16, 17; Friderici II, 18; MARTINI, 51: *infra spaciu de dui misi*; se non è finita, il giustiziere definisca la causa: *tamen se la causa fussi cosi ardua o antica che requisissi maiuri termino lassi procederi dauanti li baglii.*

(3) MARANTA, IV, dist. 217, pag. 217; DE FERRARIIS, form. sent. pag. 176; SCACCIA, *De sententia*, gl. 9. pag. 420.

(4) Const. r. Sic., I, 78: *sententiae definitivae in scriptis proferantur.*

(5) DE AFFLICTIS, *Lect. in Const.*, II, 75; LANFRANCHUS DE ORIANO, c. *quoniam contra*, pag. 49; ALTOMARI, *De nullit.*, rub. XIII, qu. 25.

(6) BALDUS, l. 4, Cod., VIII, 50.

Digitized by Google

deva lasciare impregiudicate le ragioni di fatto e di diritto e sospesa la decisione definitiva, col pretesto che le prove fino a quel momento non erano complete. Si riesciva anche così al voluto fine di osservare le prescrizioni di sentenziare entro il termine e di poter sempre riaprire il giudicato e revocarlo pel motivo che erano sopraggiunte altre prove (1).

Non vogliamo dire che oltre il pensiero di evitare la perenzione e le multe per negligenza, abbia esercitato qualche influenza nell'emettere provvedimenti per sè nulli il fatto delle *sportule* spettanti ai giudici per ogni atto di loro giurisdizione: certo però tali compensi diretti e personali male dovevano influire sul funzionamento della giustizia (2). Gli inconvenienti furono avvertiti prima nel campo della dottrina, e Scaccia avversò le sentenze condizionali e simili pronunciati incerti, inconcludenti (3); e dietro lui altri dal Piemonte alla Sicilia (4), finchè intervennero i legislatori a regolare siffatta materia. Paolo V riformando gli ordini giudiziari dello Stato pontificio vietò la formola: *sententia lata pro servato*, volendo che il pronunciato interlocutorio o definitivo fosse conclusivo (5). Vittorio Amedeo I nel 1632 vietò la clausola *melius instructo processu providebitur*, e le Costit. piem. del 1770 (lib. III, tit. 23, § 16) quella: *altro non fatto per ora*: ma sebbene fosse ordinato che la sentenza dovesse decidere tutti i punti e metter fine al processo, la giurisprudenza si mantenne alla ricerca di ripieghi per le sentenze condizionali e remittende al consiglio del sapiente (6). In Toscana nella Riforma delle Ruote del 1505 furono vietate tutte le espressioni che togliessero certezza alla sentenza e la rendessero condizionale (Cantini). Nel Napoletano si dissero nulle tutte le sentenze così viziate (7), mentre in Sicilia

(1) De Rosa, *Praxis*, 1793, pag. 87.

(2) Per es. a Benevento ai giudici toccava una vigesima, e lo Stat. del sec. XIII diceva: *salarium non dividatur ante prolationem sententiae: pro subscriptione nihil recipiatur praeter salarium excepto pro latore dictanti sententiae* (ed. Cangiano, 1918).

(3) Scaccia, *De sententia*, gl. 14, qu. 14.

(4) Pel Piemonte Richeri, *Iurispr. univ.*, lib. IV, tit. 39. Per Sicilia: Muta, *Lucubr. capit. regni Siciliae*, IV, pag. 233; V, pag. 391.

(5) Const. Pauli V, de auditorio S. Rom. Rotae; Vestrius, *Practica capitolina*, lib. VII, c. 3; Ridolphinus, *Praxis*, parte I, c. 13; Scaccia, *De iudiciis*, lib. I, c. 97; lib. II, c. 2.

(6) Così Sola, pag. 256, 469.

(7) Pragm. 18, de ordine et forma iudic., an. 1738.

Digitized by Google

si fu più tolleranti, ammettendo che anche le *oscure* fossero sentenze che il giudice doveva entro due mesi chiarire sotto pena pecuniaria in favore del fisco (1).

Le suddette clausole erano la negazione degli insegnamenti formulati dagli antichi, che la sentenza fosse chiara, non ambigua, senza riserve, oltre che ponderata, ed essi ricordavano Innocenzo III che aveva annullato la sentenza di un suo predecessore emessa senza ponderazione. Questi antichi avevano insegnato che ogni sentenza dovesse pronunciarsi chiaramente sul punto: *condemno* o *absolvo*; esser conforme al libello, contenere pene a chi violava il giudicato, pene al litigante dichiarato calunniatore o temerario; e dopo di aver decisa la lite, provvedere su le spese e gli onorari agli avvocati. Tali precetti non erano però obliati da tutti, e ad essi tornarono le leggi (2).

21. È ancora chiaro che con tali clausole e con altri espedienti, per es. l'invocazione del *contrario impero* senza termine fisso (finchè anche a ciò non si provvide) il principio della cosa giudicata restava evanescente. Le parole *altro per ora non apparendo* lasciavano aperta o sospesa la decisione: e, ripetiamo, potevano essere solo giustificate coi rigori della perenzione e le pene minacciate ai giudici: ma offrivano materia ai litiganti per eccepire di nullità tali sentenze oscure (3).

Quasi si può dire che il sistema del tempo era di pronunciare una sentenza provvisoria, che nulla decidesse, che tutto rinviasse e che poi si potesse mutare e modificare. E quale fertilità di espedienti per giungere a tale risultato! Era uso siculo che, pronunciata la sentenza, non se ne desse immediata comunicazione alle parti, se non scorsi alcuni giorni, a meno che tutti i sentenzianti fossero favorevoli alla comunicazione. Tale sospensione, che appariva dalla lettera *P* (*pendet*) scritta sul fascicolo, era dovuta al

---

(1) Pragm. sic., an. 1532, tit. II, pragm. 2, vol. I, pag. 89; Pragm. di M. A. Colonna, de sent. obscura, § 1, pag. 36. Nello stesso tempo si allungò a 2 mesi il termine per sentenziare, che nei Cap. 3 e 4 di Alfonso era di 10 giorni. Nella *Praxis* di RIDOLFINO, I, c. 8, per Roma è detto che le *sent. latae pro servato, prout in cedula subscribenda* dovessero regolarsi entro 10 giorni.

(2) Queste norme trovansi in tante leggi piemont. (SOLA, pag. 478), parmensi (Constit. Parmae et Placentiae), napoletane (Pragm. 18, § 1, de ordine iudic.).

(3) Vedi oltre le cit. dalle opere di VANZIO e ALTOMARE.

Digitized by Google

fatto di voler dar tempo a ogni giudice di mutar parere ed emendare la sentenza (1).

22. Su questo punto si avverta che dagli antichi proceduristi erasi al giudice dopo la pubblicazione negata la facoltà di correggere o mutare la sentenza, bensì *eam supplere eodem die quo lata est in his quae pertinent ad consequentiam* cioè sulle spese, interessi e simili. Nella *Summa minorum* di Magister Arnulphus (c. 45) è scritto: *ex quo eam protulit, iudex non habet potentiam corrigendi vel mutandi solum quantum grammaticam et ornatum verborum:... nihil mutare nisi suppleat quae pertinent ad consequentiam statutorum* (2). Invece secondo Durante poteva essere ritrattata *ex omni causa quae sufficit ad appellandum* o per essere cogniti nuovi documenti *et quo ad gramaticam et ornatum verborum* (3). Le leggi diedero ragione a Durante.

La facoltà del giudice di mutare la sentenza è consacrata dalle leggi genovesi: *supremi sindacatores in causis etiam excessus inter tertium possunt meliorare sententias per ipsos latas* entro otto giorni: devonsi avere tanti voti quanti occorrono per la sentenza (4). A Modena (1327, III, 9, pag. 288) vale la regola: *nulla sententia petatur corrigi nisi semel*, e ciò entro 10 giorni: tanto per le definitive che per le interlocutorie: *et postea non possit dici nulla*. A Roma (ed. Re, I, 50) le sentenze *viziate* potevansi correggere dagli stessi giudici. Una pramm. siciliana del 1530 così disponeva: se in una sentenza pronunciata a maggioranza ma non pubblicata, un giudice vorrà mutare opinione, *hoc per Magistrum notarium redigatur in scriptis*, ma la pronunzia non sia impedita *nisi per duos vel plures*: si riferisca al vicerè: se poi di mutarla o di emendarla propende la maggioranza, ciò è permesso, ma la nuova si pubblichi entro 4 giorni (5). I voti dove-

(1) Pragm. sic., 5, § 2, tit. II, an. 1524, vol. I, pag. 11; pramm. 2, titolo LIII, an. 1531, vol. II, pag. 467; Siculae sanctiones, vol. V, pag. 417 e 428; vol. I, pag. 418.

(2) In *Quellen z. Gesch. d. roem. kan. Proz.* di WAHRMUND, I, pag. 46. Nell'*Ordo iudic. Scientiam*, c. 32, id. II, è detto che il giudice può *revocare et corrigere* l'interlocutoria entro 10 giorni, mai la definitiva; e così la *Summa* di Bernardo Dorna, c. 194, id. I.

(3) TANCREDUS, IV, 1, § 5; DURANTIS, II, de sent., § 5, 10 e § 7. Secondo BARTOLO (l. quod iussit, Dig. de re iudic., XLII, vol. V, pag. 109), può revocarsi due volte la sentenza dopo interposto appello.

(4) Stat. reip. genuensis, 1673, III, 2.

(5) Pragm. sic., 8 tit. II, § 1, de offic. iud., an. 1530, vol. I, pag. 15.

Digitized by Google

vano mantenersi segreti (id.). Erano queste eccezioni, in quanto che di regola vietavasi mutar sentenza dopo pubblicata (1). Restava sempre il diritto di revocazione, ma su reclamo di parte: e ciò appartiene ai rimedi contro sentenze: sul qual punto giova qui riportare alcune parole di Durante che dànno un'idea dei costumi giudiziari del sec. XIII (2). Parlando della facoltà del giudice di revocare le interlocutorie, dopo aver detto che ciò deve farsi presenti le parti, aggiunge: *quidam malitiosi iudices priusquam revocent, sinunt appellantes a sua praesentia discedere et postea praesente notario vel testibus revocant quot fecerunt; sic appellantem decipiunt*, perchè quando l'appellante informato ricorrerà, l'appellato invocherà la revoca, e quegli sarà ancora condannato nelle spese (II, 1, de except., § 4, n. 37).

Entro 15 giorni, prescrivevano Pramm. siciliane (vol. I, pag. 16), le sentenze eran messe in esecuzione, ma anche se uno solo dei giudicanti ne chiedeva la sospensione, era subito accordata: questi era tenuto il giorno seguente comunicare al collegio le sue esitanze: e alla sospensione si addiveniva col parere di quelli che avevano dato il voto (3). A Venezia solo il doge godeva della *potestas suspendendi sententias per duos menses* (4), nello stesso modo che era investito del diritto di *complere omnes sententias iudicum* (5).

Tale libertà di mutare, modificare e sospendere era resa possibile dal fatto che i giudici, come si è detto, non motivavano la sentenza. Le ragioni stavano chiuse in *scrinio pectoris*; così non era visibile la concordanza fra le premesse e il giudicato. Fu grande novità quel citato disp. napoletano del 1774 che ordinava la motivazione da trarsi dai fatti e da appoggiarsi a ragioni, escludendo l'autorità dei dottori; doversi la decisione fondare sulle parole della legge e sul diritto comune: mancando la legge, *si implori l'oracolo del re* (6). *Decreto non ragionato e non stampato non passi*

(1) Stat. di Padova, an. 1339, c. 36.

(2) BARTOLUS, l. un., Cod. de sent. adversus fisc., vol. VIII, pag. 8: *sententia lata per gratiam vel ambitionem* può ritrattarsi entro 4 anni.

(3) Pragm. sicul., 2, § 2, tit. 2, lib. II, vol. IV; Dispaccio di Carlo III, in Sicul. Sanct., vol. IV, pag. 390.

(4) an. 1455: Stat. Venetor., Consulta ex authenticis, c. 32, Ven., 1606, pag. 165.

(5) Id., lib. I, c. 62, pag. 30.

(6) Dispaccio 6 del 1774, in GATTA, R. Dispacci, p. II, tit. 47.

Digitized by Google

in giudicato. Era un progresso, una remora all'arbitrio, alla corruzione, alla speculazione sulla *condotta* o debolezza dei giudici, che dovendo motivare e stampare la sentenza, dovevano anche studiare. Ma, come si è detto, la riforma non fu bene accolta; ebbe resistenze: si disse che ritardava il corso dei giudizi, dovendo i decidenti consumar tempo nell'esporre le ragioni secondo le leggi patrie e il diritto comune, e che non era raggiunto il fine della legge, di sopprimere cioè l'arbitrio dei giudici col pretesto dell'equità. Malgrado la difesa di Filangieri, nel 1791 si disse valida la sentenza anche non motivata.

23. La sentenza conteneva la condanna delle spese che cadeva sul soccombente, salvo questi avesse avuto *probabilem causam litigandi* (Durante, II, 3, de expensis), il che diede argomento a tentativi di stabilire regole, desumendole dalla *ignorantia facti* e dall'aver prestato il *iur. cal.* Le antiche leggi ponevano le spese a carico dell'appellante vinto (1) o quando furono promesse: le posteriori generalmente rispettarono il principio della *iusta causa litigandi* (2), che Federico II respinse accogliendo invece il romano della *probabilis et evidens causa ignorantiae* (II, 46). Le Pramm. napolet. sancirono che il vinto desse le spese al vincitore e che l'appellante pagasse quelle di primo grado. In Piemonte nel 1770 si introdusse il principio della compensazione delle spese quando il soccombente avesse ceduto subito davanti alle ragioni dell'avversario, quando l'esito del giudizio sembrasse dubbio e quando uno dei litiganti vincesse in una parte e l'altro nell'altra (3). Spese e onorari in antico eran rimessi per la liquidazione alla parte vincitrice che giurava sull'ammontare; ma la pratica più recente delegò tale incarico al giudice sentenziante (4).

24. È facile immaginare quanto siasi scritto dal sec. XVII in avanti sulla sentenza, specialmente in riguardo ai motivi di nullità. La dottrina e la pratica non si liberarono di molte idee nate nelle epoche precedenti, trascinando così un bagaglio spesso errato fino alla vigilia dei codici moderni. Così si sosteneva che la sentenza *lata contra febricitantem non valet*, e lo stesso contro morto (5);

---

(1) Const. leg. Pisan., 17; Stat. di Bologna, 1250, IV, 15.

(2) Stat. di Vicenza, 1425, II, 77; Feltre, 1749, III, 18; Genova, 1498, II, 28; Cremona, 1578, c. 450; Modena, 1547, II, 43; Parma, 1590, f. 75.

(3) CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, 1901, pag. 93 a 148.

(4) Dispacci napolet., ed. GATTA, parte II, tit. 69, n. 19 e 20.

(5) Per il febbricitante e il morto invocavansi le leggi 59 e 60, Dig.,

Digitized by Google

nulla era quella pronunziata contro persona che negli indugi del giudizio avesse vestito abito monacale. Ancora nel 1743 Sorge scriveva: *sententia noctu ferri non potest*: ma che se vi fosse consuetudine contraria o vi fosse pericolo per lo spirare della giurisdizione allo spuntar del giorno, si pronunciasse sentenza anche di notte, però in tal caso *tria lumina intervenire debent* (pagina 608). Si continuò a ritenere che la sentenza proclamante la qualità di usuraio o la nota di eretico facesse stato contro tutti. Le sentenze relative alla nobiltà e alla trasmissione dei titoli aprivano la serie di larghe discussioni, intendendosi per es. che il diniego al padre di titoli nobiliari, di iscrizione ai sedili, alberghi, libri d'oro, non pregiudicasse il diritto dei figli (1). Era ancora principio che la sentenza notoriamente ingiusta non passasse mai in cosa giudicata e che l'ingiustizia fosse eguale a nullità. Altri principii correnti nelle pratiche forensi furono censurati o corretti: così fu della facoltà di correggere le sentenze definitive.

§ 4. *La sentenza penale.*

25. Anche i più antichi nostri criminalisti, come Alberto da Gandino, abbandonarono il concetto della identità del processo criminale col civile; in teoria avrebbe dovuto essere così, egli afferma, *et libellus est necessarius*: *hodie vero per totam Italiam observatur quod libellus non datur sed simpliciter accusatio fit quia accusator iurat verum esse et sic postea in quaterno comunis ponitur. Sed licet libellus non detur tamen in tali scriptura debent contineri nomen accusatoris, criminis*, ecc. (2). E in conseguenza nemmeno è richiesta la *lit. cont.* perchè è sufficiente il *nomen receptum inter reos* scritto sul libro del Comune (id., n. 25). Alberto nulla dice sulla sentenza, ma dalle dette premesse discendeva che il giudice, non legato a sentenziare come nel civile conformemente al libello, poteva far sentenza di condanna quando risultava *plus actum quam deductum in petitione*, cioè nell'accusa o nella denunzia,

---

XLII, 1; l. 74, § 2, Dig., V, 1; MASTRILLUS, *Decisiones Concistorii regni Siciliae*, Ven., 1612, p. II, dec. 137; CAPYCIUS LATRUS, *Decis. S. R. Cons. neapol.*, 1652, dec. 83.

(1) FABIUS DE ANNA, *Decisiones rotae neap.*, 1600, dec. 180; *Consilia*, 17.

(2) *Tractatus de maleficiis*, assieme al *Tract.* di ANGELO ARETINO, ed. Ven., 1598, pag. 275: ed. KANTOROWICZ, 1926 pag. 30.

Digitized by Google

secondo il risultato delle prove, senza dunque tener conto dell'una e dell'altra. Così voleva il procedimento inquisitorio che aveva respinto le due massime del civile (d'altronde anche più indebolite nella loro integrità): *iudex ne procedat ex officio*; *ne eat ultra petita*.

Tali conclusioni così opposte alla dottrina civile e canonica (e questa anche nel criminale si atteneva alla connessione tra libello e sentenza) non mancavano di essere discusse da parte dei forensi in difesa degli inquisiti e condannati, che anche al sec. XVI eccepivano sulla nullità della sentenza non conforme alle accuse da formularsi al momento della *lit. cont.* (1). Ma secoli prima, siffatte eccezioni erano state respinte (2), e la pratica era ormai consolidata nella validità della sentenza, anche se nell'accusa o denunzia non era inserita la clausola: *procedatur super delicto deducto vel deducendo*: e uno scrittore ragionava così: nelle civili è necessario concludere in modo certo: nelle criminali no perchè le pene sono stabilite dalle leggi (3).

26. Istruito il processo, il giudice impartiva all'inquisito il termine alle difese, che aveva misura e norma dalla qualità del delitto e dalla pena relativa, cosicchè si avevano le *defensiones intus* se l'inquisito era tenuto nelle forze, cioè in carcere, ed *extra* se in libertà: e detto termine gli si concedeva colla formola: *quae omnia dixi litem contestando et animo litis contestandae*, perchè colla *lit. cont.* dicevasi il reo *in reatu esse* (4). Si trattava però soltanto di una formola di rito, perchè il vero atto processuale era nel *costituto* (*constitutus est*) e negli interrogatori *in specie* palesando le prove e gli indizi. Prima di venire alle difese, si aveva la *repetitio testium requisito reo*, che assisteva al loro giuramento, il che era *de substantialibus iudicii*; e nella ripetizione i testi ad accusa ratificavano le loro prime deposizioni: se ciò non facevano, potevansi carcerare e punire come spergiuri, sottoponendoli a tor-

(1) GUAZZINI, *Ad defensam inquisit.*, Ven., 1639, def. 35, II, pag. 234.

(2) ANGELUS ARETINUS, op. cit., pag. 229; HYPOL. DE MARSILIIS, *Tract. de quaestionibus*, Lugd., 1537, pag. 128, n. 20.

(3) P. GIRLANDUS, *De relaxatione carceris*, nel *Volumen omnium tractatuum crimin.* di ZILETTI, Ven., 1570, pag. 305.

(4) Nel Napolet. dicevasi la *lit. cont.* essere abolita nel civile, ove era supplita dalla impartizione del termine; non nel criminale ove il termine non supplìva ed era necessaria nel caso che il reo fosse negativo: e DE ROSA (*Praxis crimin.*, lib. I, c. 8, n. 44) diceva: *ea deficiente processus est nullus*.

Digitized by Google

tura *ad declarandum a quo fuerint corrupti...: quaenam ex duabus depositionibus sponte facta sit vera.* La prima dichiarazione ricevuta dall'attuario ritenevasi per vera, e il negarla o variarla induceva nel sospetto di falsità. L'imputato poteva rinunziare alla ripetizione dei testi fiscali (1). Vi era una dottrina che la richiedeva in modo assoluto, dichiarando di nullità insanabile gli atti compiuti su di essa, il reo doversi assolvere e liberare, il giudice destituirsi (2): ma ve ne era un'altra che sosteneva la ripetizione non necessaria negli atrocissimi, nei reati di eresia e consigliava i giudici a non concederla *quia processus involvuntur ac destruuntur* e si dà occasione alle falsità, subornazioni, ecc. (3). E così era la pratica. Mario Pagano nelle sue *Consid. sul proc. crim.* afferma l'uso del foro napoletano di ridurre la ripetizione all'atto della presentazione di un giuramento che si ripeteva dopo essersi già dato una prima volta nell'esame segreto scritto, di sopprimere la ripetizione se il reo era confesso; e il fatto di non ammettere alcuna ritrattazione, di ritenere falso e spergiuro il teste che negava aver deposto quello che l'attuario aveva scritto, impedivano al giudice di calcolare la sincerità delle seconde deposizioni, di richiamare il teste e di rinviarlo a giudizio per falsa testimonianza.

In Toscana la ripetizione era di antica consuetudine, confermata da circolare del 1680, ed era vantata come opposta all'uso napoletano (4): soltanto *li rei* (che la richiedono) *si facciano mettere alla larga: la ripetizione si deve fare prima di pubblicare il processo e di allargare il carcerato a fine di fuggire le subornationi* (5). Ed era obbligatoria negli Stati pontifici e a Genova (6).

27. Esaurite le difese e scorsi i termini *ad impinguandum*, il processo si pubblicava e si notificava al difensore con termine *ad percunctandum*, cioè ad esaminarlo (7). Era antica questione se la

(1) Pragm. XVIII, § 6, de offic. iudic., an. 1738.

(2) Così CLARUS, § fin., qu. 45; FARINACCIUS, qu. 59, e le *Praxis crimin.* di MOSCATELLO; MARADEI, c. 34; SARNO, c. 29; MORO, lib. III, c. 9; AMBROSINUS, *De modo formandi processus*, lib. III, c. 1.

(3) FARINACCIUS, pars VIII, qu. 66; PACIUS IORDANUS, *Lucubrat.*, vol. III, lib. 14, pag. 370; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. I, c. 100.

(4) L'abuso napolet. è attestato da PELLEGRINUS, *Praxis vicariae*, p. IV, pag. 497.

(5) CANTINI, XVIII, pag. 180, an. 1664; XIX, pag. 280, an. 1678; pag. 285, an. 1680.

(6) SCACCIA, *De iudiciis*, lib. II, c. 19.

(7) Ritus M. C., 72, 86; Pragm. 11, cursu dilationum, de ordine iudic.

Digitized by Google

pubblicazione fosse *de substantia*, e siccome Bartolo aveva detto di no, così i rigoristi ne avrebbero voluto far senza: ma le leggi l'ordinarono, e ammisero anzi che il reo potesse produrre nuovi testi *post didicita testificata usque ad sententiam* (1): e *de subst.* la dichiarò Claro (§ fin., qu. 45 e 48). Serviva alla difesa pel reo e alla riflessione pel giudice, il quale doveva fuggire l'esempio di quelli *quibus mittitur de mane processus et in vesperis ferunt sententias* (2).

Anche questa pratica espletata, il giudice emetteva il *monitorium* o *monitio ad sententiam*, dichiarata di sostanza, da render nulla la sentenza, nè sanabile col decorso del tempo; così voleva il diritto romano (l. 1, § 4, Dig., XLIX, 8) e il canonico (c. 1, X, II, 12). La monizione era spedita *ex officio* con indicazione del giorno, essendo nulla profferita in giorno diverso (3). Ma subito la pratica frodò tali ordini: citavasi colla formola: *in biduo compareat et deinde in antea cum continuatione*, onde il giudice decorso il biduo della monizione era libero di pronunziare nei giorni seguenti la sentenza (4). Però a Napoli non poteva differirla di un mese, altrimenti la sentenza era nulla, nè poteva notificarla prima delle feste natalizie o pasquali (*ob ferias monitio dicitur circumducta*). A Roma per la riforma giudiziaria di Paolo V doveva pubblicarsi entro 10 giorni, a Genova entro 2, in Piemonte subito e solo *si rei magnitudo vel magnum dubium suaderet*, rinviare alle prossime assisie (5).

28. Delle formalità per la formazione delle sentenze si parla nelle leggi più recenti quando si ebbero tribunali collegiali. A Venezia la maggioranza di un voto non bastava per condannare: volevasi l'unanimità dei tre giudici per assolvere o condannare: perciò la votazione ripetevasi per tre volte: se l'unanimità non era raggiunta, si eliminava un giudice a sorte e i due rimasti dovevano accordarsi o in un senso o nell'altro (6). Nel 1343 fu ordinato

(1) MARANTA, VI; DE FERRARIIS, *Form. public. testium*, pag. 86. Per Napoli v. MOSCATELLO, SARNO, SANFELICE, ecc.; pel Piemonte v. SOLA, pag. 580; per Venezia v. GRECCHI, *Le formalità del processo criminale secondo le leggi d. Rep. veneta*, 1728, pag. 95.

(2) Così MOSCATELLUS, *Praxis*, gloss. sententiam, n. 29.

(3) PELLEGRINUS, *Praxis crim.*, p. IV, sect. 15.

(4) MOTILLUS, *De gradu monitionis ad sent.*, nel suo *Directorium praxis civ., et criminalis*, Nap., 1671.

(5) DE LUCA, *De iudiciis*, disc. 34; Stat. di Amedeo VI, 1379, c. 23.

(6) PASQUALIGO, *Giurispr. crimin. veneta*, II, 316.

Digitized by Google

si contigerit iudices in dispari numero constitutos... habere opiniones in sententiando diversas, ita quod maior pars ipsorum non conveniret in unum sed essent eorum opiniones tres vel plures, debeant venire ad ducem et coram ipso conscientias suas narrare et illa cui Dux assensum praestiterit, erit sententia (1). In alcuni luoghi era permesso chiedere il consiglio di sapiente, il che fu poi vietato (2). In Piemonte per reati gravissimi dovevansi consultare il Senato e gli avvocati fiscali (3).

La sentenza doveva essere scritta e letta dal giudice, e non da altri, di giorno, in seduta pubblica del tribunale: così dicevano gli antichi: ma al tempo di Claro (qu. 93) si era introdotta una consuetudine contraria; i giudici non la leggono, nè pronunciano: condanno o assolvo; ma in tutta Italia, e così anche a Napoli, salvo nel caso di forgiudica (4), la fanno leggere dal cancelliere, anche senza la presenza di testi; così egli ci informa: e da altri sappiamo che era violata anche un'altra norma da parte dei giudici che la consegnavano di notte, senza riguardo se erano accese le tre torcie di rito (5).

La sentenza criminale doveva essere fondata su prove, altrimenti era nulla, a differenza della civile che dicevasi solo ingiusta e iniqua: le prove nel criminale sono *substantialia iudicii*; i testi devono essere sentiti: il giudice deve riportarsi ad atti certi e conformi a legge. Quindi la sentenza doveva essere *motivata* (6). Claro attesta che tale era la pratica italiana: *continue servatur in facto quod causa inseratur in sent. crim.* (qu. 93); però aggiunge: non a Milano, salvo nelle sentenze contro contumaci; se il reo è presente, è detto: *viso processu, condemnamus vel absolvimus*. Ma a Roma era uso esprimere la causa; e così veramente doveva essere in tutte le città; e in tal senso eransi pronunziati Bartolo e Baldo e Iacobo da Arena, e il diritto del tempo, al sec. XIV, così riassume Angelo aretino: mentre nel civile non è necessario esprimere

(1) In *Volumen stat. venet.*, lib. VI, c. 6, pag. 90.

(2) Constitutiones dominii mediolanensis, IV, c. 1, Milano, 1574; Sanctionum ad causas civiles et criminales spectantium *vit.* cum scholiis AN. MONTERENCTII, lib. V, c. 15, Bol., 1577, vol. IV.

(3) Stat. di Amedeo VIII, lib. II, r. 103.

(4) CARAVITA, in *Ritus*, 37.

(5) Così doveva osservarsi secondo un certo POLIDORO RIPA, milanese, *Tract. de nocturno tempore*, c. 134, Pavia, 1600 e anche Ven., 1602.

(6) DURANTIS, II, de sentent., § 5; ANGELUS ARETINUS, op. cit., pag. 233.

Digitized by Google

la causa, lo deve essere nel criminale, perchè è maggiore il pericolo e tanto più perchè il giudice ha l'arbitrio di crescere o scemare la pena; e ciò si osserva continuamente e ovunque (1).

La sentenza basavasi *super allegata et probata non secundum conscientiam*. La dottrina delle prove legali, degli indizi e delle presunzioni guidava il giudice nel condannare o assolvere. Nel prologo alle leggi criminali di Giacomo Tiepolo per Venezia del 1242 è prescritta la condotta del giudice: *de occultis nolite iudicare — incerta non sunt iudicanda — praesumptio dubia abiicienda est quoniam dubia in meliorem partem sunt interpretanda — praesumptio probabilis... inducit purgationem..: contra talem recipitur probatio sed haec non inducit iudicem ad sententiam nisi defecerit in purgatione et licet talis praesumptio non inducat iudicem per se ad sententiandum cum uno teste* (2). Quest'antica legge è conforme a quello che si era scritto da Alberto da Gandino ai criminalisti del secolo XVIII: e, come si è detto, questo intendimento di vincolare la certezza morale del giudice doveva legittimare la tortura, la pena straordinaria, le restrinzioni alla liberazione totale e finiva per rendere la giustizia un terribile ingranaggio dal quale nessuno anche innocente ne usciva immune.

29. La condanna era a pena ordinaria se il giudice riteneva la prova legale raggiunta, se il reo aveva confessato dopo la tortura: o a pena straordinaria, ad arbitrio, per deficienza della prova legale (3). Secondo il diritto romano (l. 16, Dig. de quaestion.) il giudice doveva ripetere la tortura e non quietarsi al primo tormento: *repeti quaestionem posse* quando il reo era *evidentioribus argumentis oppressus*. Tale autorità indusse i criminalisti italiani del sec. XIII a sostenere che l'accusato gravato di urgenti indizi

(1) Pag. 234, alle parole: *et quia nobis constat*. DURANTE, II, de sent., sottopone la soluzione a molte *fallentiae*, cosicchè la regola si smarrisce. Nel cit. *volumen*, RUBEUS, pag. 42, dice nulla la sentenza pronunciata senza cognizione di causa, e altri a pag. 305, 412, senza indizi indubitati e approvati dalla legge. A Napoli GRAMMATICO, *Consilia*, 1550, parla degli atti del processo a cui si deve riferire la sentenza. Quindi si può ritenere sicura la motivazione delle sentenze criminali. E anche la Pramm. napol. del 27 sett. 1774 ordinante la motivazione si riferiva solo alle civili.

(2) *Volumen Statut. venet.*, pag. 4 e seg., Ven., 1606.

(3) *Volumen Stat. venetorum*, Liber promissionis maleficii, c. 12: « Se alcuno sarà menado... per maleficio de homicidio over non se potrà provar per testimoni... sia in conscientia et discretion di zudesi de condennarlo e punirlo se nella lor conscientia sarà », pag. 133.

Digitized by Google

si dovesse piuttosto reputare reo che innocente ed essere in tal stato da non restare senza pena. Il giudice non commetterebbe ingiustizia ripetendogli il tormento; e allora posto fra questa alternativa e la pena, ha diritto di scegliere: la tortura può recar danno alla salute dell'imputato: la sicurezza pubblica richiede una reazione al delitto: da ciò la pena straordinaria, che fu ammessa in tutti i tribunali d'Italia (1). Soltanto discutevasi se anche così potevansi regolare le corti inferiori. Claro (§ fin., qu. 63) che la tollerava solo dove esistessero indizi urgentissimi, la vóleva soltanto riservata alle superiori: ma la maggioranza sosteneva che in tutti i casi concorrendo indizi urgenti, violenti *et satis ultra torturam*, avendosi così prova semipiena, si applicasse la pena straordinaria. Il giudice contro il reo negativo, per gli indizi urgenti, aveva l'arbitrio di sottoporlo a tortura o di liberarlo *in forma*: per gli indizi urgentissimi aveva l'arbitrio di ripetergli la tortura, di liberarlo *in forma*, di infliggergli pena straordinaria; la quale, dice Briganti, era preferita dagli imputati. Tale pena era sempre *afflictiva corporis* benchè minima (galera, esilio) e applicabile anche a delitti capitali ed enormissimi (2). A Venezia (1670) ogni giudice poteva infliggere pena straordinaria e così dispose anche il Cod. giuseppino (§ 166), quando piene prove non eransi raggiunte; al che si oppose dopo il sec. XVIII più illuminata dottrina (3), e Beccaria e Filangieri dimostrarono l'assurdità di una pena che era insufficiente in caso di reità, e immeritata in caso d'innocenza: assurdità che non era sfuggita ai criminalisti del sec. XVII, che poi invocavano, per correggerla, la clemenza del principe: mentre al contrario una Pramm. sarda (IX, 13) vietava ai giudici di presentar suppliche in simili casi. I giudici si trovavano ancora dinanzi ad un altro problema che non sapevano come risolvere, quello dei danni e spese, se da gravarsi o meno su tale condannato.

30. La sentenza di assoluzione (*absolvantur tamquam innocens* o *ex capite innocentiae*) era molto difficile a ottenersi, e un criminalista del sec. XVII che aveva consumato tutta la sua vita in

(1) FARINACCIUS, *Praxis*, qu. 86; DE ROSA, *Praxis crimin.*, lib. I, c. 8; MARADEI, *Praxis crimin.*, p. II, c. 7; MARCIANUS, *De indiciis delictorum*, c. 4, nelle *Disput. forenses*, Nap., 1654.

(2) Così anche GUAZZINI, defens. 33; RAYNALDUS, *Observat.*, 21, § 4 e 5; MARADEI, *Praxis*, p. II, c. 7.

(3) BRIGANTI, *Practica crimin.*, tit. XV, § 1, n. 51.

Digitized by Google

affari penali, attesta che in pratica mai gli riescì di vedere che alcuno fosse assolto come innocente (1). È certo che quasi di rito era l'assoluzione *in forma*, frase però sconosciuta ai criminalisti antichi e introdottasi nel corso del 500: e ai giudici le leggi assegnavano l'arbitrio di stabilire la pena *ubi non esset determinata per ius municipale* (Firenze, III, 5), di crescere e diminuirla secondo le contingenze dei casi (2): così nella stessa assoluzione ponevano delle riserve che ne diminuivano il significato. *Non possumus iudicium specificare per singula*, proclamava l'antico diritto veneto; quindi: *sit sententia in discretione iudicum* (3): e se il maleficio *non poterit probari per testes... sit in coscientia et discretione iudicum* (4). Non tutte le prove si possono ottenere per mezzo di testimonianze (5): quindi si farà cosa saggia e conforme all'interesse pubblico assolvere sotto condizione. L'assoluzione per innocenza toglieva al fisco il diritto di rivalsa delle spese processuali e di carcere: e perciò a Napoli nel 1582 questo pretesto concorse a favorire l'uso delle assoluzioni colle suddette clausole: *liberetur in forma, pro nunc, rebus sic stantibus* (6).

L'assoluzione *ex capite innocentiae* estingueva completamente l'azione penale e costituiva *res iudicata*, talchè anche sopravvenendo nuovi indizi non era possibile alcuna molestia. *Absolvatur tamquam innocens: calumniatus es*. Senza questa formola si aveva la *liberazione*, propria di tutte le leggi criminali d'Italia, colla clausola *ab observatione iudicii, rebus sic stantibus, ex hactenus deductis vel alio non edocto*, nei casi in cui il giudice non poteva ripetere la tortura o infliggere pena straordinaria (7). Le mani del giudice non sono legate, dicevasi, perchè *super novis supervenientibus indiciis* poteva il giudice chiamarlo congiungendo gli indizi nuovi coi vecchi, oppure consegnarlo *tutae personae cum obliga-*

---

(1) CABALLUS, *Resolut. criminales*, casus 93, n. 18.

(2) Legge del 1546 di Cosimo I: CANTINI, I, 314.

(3) Promiss. di Tiepolo, 1232, c. 29, in *Volumen Stat. venet.*, 1606, pag. 137.

(4) Id., c. 12, pag. 133.

(5) Id., Stat. di Tiepolo, prologo, id., pag. 4.

(6) Così attesta DE FRANCHIS, *Decis.*, 276; MARADEI, *Praxis*, p. II, c. 11, n. 22 al 25.

(7) CONCIOLUS, *Resolut.*, v. *absolutio*; GUAZZINI, defens. 2, c. 7; BOSSIUS, *De sententia*, n. 77; PELLEGRINUS, *Praxis crim.*, sect. 17; DE ANGELIS, *Praxis*, c. 303.

Digitized by Google

tione, ecc., di presentarlo cioè ad ogni richiesta della curia, e in questa situazione restava per due anni decorrenti dal giorno della sentenza di liberazione; ma anche il biennio fu a Napoli abolito nel 1604 perchè le cause criminali mai dovevano essere soggette a perenzione e a prescrizione (1).

Potrebbe anche riscontrarsi in esse delle sentenze condizionali, che del resto non meravigliavano la mente giuridica dei forensi antichi, soliti ad inserire alla condanna un'altra clausola: *salvo semper et reservato quod si praesens sententia esset in plus vel minus quam requiritur ex forma statutorum, hanc sententiam ad formam statutorum redigimus* (2): clausola ritenuta valida nel senso che il giudice potesse correggere la sentenza.

La sentenza doveva contenere la condanna nelle spese a carico dell'accusatore che aveva calunniato (3), a carico del condannato. I giudici non incorrevano in alcuna responsabilità proclamando innocente colui che essi avevano perseguitato, non dovendo essi *terreri ab accusando*: nè il fisco doveva all'innocente alcun indennizzo, perchè *fiscus non dat expensas* (Claro, § fin., qu. 62). Qualora l'imputato fosse liberato *in forma*, non era condannato alle spese ma agli atti fiscali compiuti *ad defensam*, come il querelante a quelli compiuti *ad offensam*: però la consuetudine era diversa, e davasi arbitrio al giudice di esigere tutti i diritti dal reo liberato. A ciò allude una Pramm. napol. del 1616, che vieta prendere i salari dagli inquisiti; tali salari erano fissati in una Pramm. del 1532, e non vi era atto che non fosse gravato da tassa a carico dell'inquisito; nè erano risparmiati gli accusatori (4).

§ 5. *La cosa giudicata.*

31. La sentenza è un atto giuridico da cui derivano determinate conseguenze, specialmente in ordine alla verità dei fatti da essa dichiarati. Tali conseguenze si possono riferire a vari punti,

(1) Pragm. 50, de offic. mag. Iustit.; DE ROSA, *Praxis crim.*, lib. I, c. 7.

(2) BALDUS, l. 5, Cod., VII, 64; VASSALLI, *Sent. condiz.*, pag. 53.

(3) Su questo punto la dottrina era discorde, e a Napoli il S. R. Consiglio aveva deciso che si dovesse scusare il calunniatore; DE ANGELIS, cap. 206.

(4) Pragm. napol., 10, § 67, de officio iudicis, an. 1616; Pragm. 36, § 1 al 65, de officio mag. Iustitiarii, an. 1532.

Digitized by Google

a impedire ulteriori contestazioni sulla stessa cosa (*eadem res*), per una domanda fondata sulla stessa causa [1], con un fondamento giuridico già dedotto in giudizio e ritenuto dalla sentenza, per una domanda sia tra le medesime parti e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità, e anche a stabilire *an probationes factae in uno iudicio* (civile o criminale) *probent in alio*. Il diritto romano risolse tali questioni, e una sua dottrina propose il canonico: e sull'uno e sull'altra formulò le sue risoluzioni la scienza giuridica italiana. Secondo il romano erano le parti stesse che proponevano colla *lit. cont.* la materia controversa sulla quale si obbligavano, cosicchè la sentenza sanzionava un quasi contratto già esistente: *ius facit inter partes*, contro il quale, divenuto *res iudicata*, erano o no possibili alcuni rimedi giuridici (l. 1, 11, Dig., II, 15). Era la verità materiale che il giudice faceva certa colla testimonianza della sua pronuncia. Il diritto canonico cominciò a deviare da tali concetti sia indebolendo gli effetti della *lit. cont.* abbassata a una finzione, cosicchè non vi era più quasi contratto, sia accrescendo l'efficacia della *res iudicata*, attribuendola a tutte le sentenze aventi carattere definitivo, e tali erano per aver percorso tutti i gradi di giurisdizione o pel decorso di termini fatali (c. 3, 15, X, II, 27). Allora divenivano veramente cosa giudicata, senza bisogno di ulteriore pronuncia: e tale principio accolsero le legislazioni intese a dare stabilità ai diritti privati, precisando quei termini fatali per appellare o per le nullità o pei reclami di revisione — da 10 giorni per es. secondo l'antico diritto napoletano a 2 anni pel più recente, e così variamente secondo le regioni e le epoche — o stabilendo che le tre conformi sanavano tutte le nullità, che invece, secondo il diritto romano, sopravvivevano al giudicato. La dottrina dei Glossatori e dei loro successori cadde, è vero, in equivoci per l'inesatta interpretazione delle fonti romane, ma nell'inconscia applicazione di regole formate pel procedimento in *ius* e in *iudicium*

[1] Sulla identità della cosa si pose la regola: *ubi obstaret exceptio rei iudic. tunc semper potest opponi de pendentia processus, alias non.* FELINUS (secondo Baldo), ad c. X, de rescript., n. 19. Specialmente i canonisti trattarono dell'identità di causa e delle differenze fra *causa* e *res*, della *continentia causarum*, in riguardo alle *causae spiritualibus connexae*. E pei Gloss., vedi AZO, *Lect. in Codicem*, lib. III, de iudiciis, pag. 158, e VII, quibus res iudic. non noceat, pag. 769; PLACENTINUS, *Summa Cod. de transact.*, pag. 48.

Digitized by Google

diverso dall'italiano, riescì a risultati più soddisfacenti se non per la coerenza logica certo per la pratica.

32. La ricerca che si proposero i nostri giureconsulti intorno agli effetti della sentenza fu di stabilire come e quando abbia autorità di cosa giudicata e sia irrevocabile; e a questo proposito costruirono quella che è detta dottrina della presunzione di verità e l'altra delle nullità sanabili e insanabili, già delineata in Durante, ma perfezionata dal Vanzio e dall'Altimare. Risolte queste nel senso che le sanabili hanno termini, decorsi i quali sono sanate, che le nullità dichiarate da legge non operano per sè nè infirmano il giudicato se non proposte da interessato in tempo utile e tali dichiarate da autorità giudiziaria competente, vennero i giuristi a riconoscere l'irrevocabilità della sentenza, pur fosse errata in diritto, falsa nei fatti, difettosa nelle forme, e la sua forza nel creare una verità fittizia cioè un diritto che non poteva più contestarsi. Mercè tale finzione la sentenza passata in giudicato era garantita contro ogni futuro tentativo di impugnazione e invalidità: quindi nasceva un diritto formale in contrapposto all'effettivo, talchè la sentenza ingiusta acquistava valore costitutivo di diritto, e un diritto prima inesistente era generato, come un diritto esistente era distrutto o mutato nel suo contenuto. Ciò voleva significare che, essendo compito della sentenza dare una verità obbiettiva, in sua mancanza se ne statuiva una fittizia, *quoad iuris effectum*, e quindi da essa nasceva un titolo nuovo, a cui dava tutela particolare per l'esplicazione del potere giurisdizionale.

Come tale concetto siasi introdotto, è possibile spiegare ricostruendo la catena degli atti processuali che portano alla sentenza e in essa si esauriscono. Dicevano i giuristi che la sentenza deve essere conforme al libello, e che la *lit. cont.* deve essere fondamento del giudizio (1). Ma le domande del libello erano giuste e conformi a legge? Ciò che risultava dalla contestazione vera o finta, dalle posizioni, interrogatori e prove rispondeva a verità? Ogni giudice si muove sopra un terreno incerto, perchè la sola certezza viene dalla confessione: procede e sentenzia *secundum allegata et pro-*

(1) BALDUS, ad l. praeterea, Dig. de rei vindic., vol. I, pag. 292: *iudex habet oculos retro*, cioè alla *lit. cont.*; DURANTIS, IV, de electione, § 1, n. 57: *sententia secundum formam petitionis est dictanda*; id., II, de sent., § 5, n. 15. Condizione questa non richiesta dalla Rota rom., *recent.* X, 353.

Digitized by Google

bata (1), e quindi il suo giudizio riflette una relativa verità; e nessuno può dire che sia la verità assoluta. Quindi i fatti consacrati nella sentenza restano veri o falsi in modo definitivo e indipendentemente da quello che erano prima. Scriveva Tancredo (IV, 1, § 6): *res iudicata praeiudicat veritati*; e Durante: *res iud. pro veritate habetur* (II, de sent., § 6, n. 11), quindi verità fittizia o presunta: e tale fu il concetto che ne ebbero i canonisti antichi (Ant. de Butrio, l'Abate panormit., il Card. di Susa): *facit ius quod non potest retractari, quia facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum quoad iuris effectum licet non essentialiter mutat et ideo non est curandum qualiter se habeat veritas* (2). Così anche Giasone de Mayno: *facit de falso verum* (3); frase ripetuta anche più tardi da Roberto Maranta: *facit de non ente ens*: *pro veritate accipitur, pro lege habetur* (4). Dunque tutta la dottrina civile e quella canonica attribuirono a cosa giudicata un potere magico, portentoso, e in tal senso, che continuò nelle leggi e nella pratica posteriore, di presunzione di verità sia essa espressa realmente o fintamente, disconoscendo così che la sua autorità, anche quando non esprima il vero, proviene dalla intrinseca natura del potere giurisdizionale.

33. Preso il criterio della verità anche finta, ne veniva la conseguenza che, sebbene trascorsi i dieci o più giorni, la sentenza non diveniva irrevocabile qualora quella verità fosse dimostrata interamente insussistente, e i casi, dice Maranta, *multi et quasi infiniti sunt et colligam aliquos magis quotidianos*: dal che si vede che la dottrina era coerente nel derivare da quel criterio le inevitabili conseguenze. E i casi quotidiani da lui elencati sono 24 e alcuni con tanta latitudine da escludere l'esistenza di una *res iud.* Pone anzitutto il caso delle sentenze pronunciate secondo il consiglio di dottore o di perito, il che colpiva quelle che per legge o per volere delle parti dovevano essere conformi a detti

(1) Id., II, de sent., § 5, n. 1; § 9, n. 8: *sententia per falsos testes vel falsa instrumenta est tenenda.*

(2) BALDUS, ad l. si furti, n. 3, Cod. ex quibus causis, vol. V, pag. 135: *sententia praevalet veritati*; ABBAS PANORMIT., in *Decret.*, de re iudic.; F. SCHENK, *De sent. et re iudic.*, in *Tract. un. iuris*, V; FRANCUS, id.

(3) *Lecturae*, in Dig. ad l. Iulianus, de cond. indeb., XII, 6.

(4) VI, et quandoque appellatur, n. 128 e segg. BARBOSA, *Axiomata iuris*, n. 200.

Digitized by Google

consigli: poi di quelle delle curie mercantili per la stessa ragione che contengono decisione di perito: motivi questi di ordine formale. Di ordine intrinseco si hanno nelle sentenze pronunciate *ex praesumptione iuris et sic ex probationibus praesumptivis, privilegiatis, per testes de credulitate, ex falsis testibus, quando per evidentiam facti apparet iniquitatem sententiae, quando causa redit ad non causam*: e quando la sentenza è nulla, il giudice è corrotto. A tale elenco la dottrina posteriore aggiunse altri motivi, sostenendo che contro la sentenza passata in giudicato potevasi sempre opporre il S. C. Velleiano, il Macedoniano, le eccezioni di pagamento, compensazione, novazione, prezzo non pagato, cosa non data, purchè non fossero allegate e rigettate prima della sentenza: poi le eccezioni di ritenzione, discussione del credito principale o dell'inventario, azioni da cedere, infine il *beneficium competentiae* (1). Se ne parlava come di diritto comune, dunque accolto in tutti i tribunali, e il diritto napoletano non fece che prescrivere i termini entro cui allegare i detti motivi (2).

Nè era finito perchè il diritto canonico aveva i suoi motivi. Quando Innocenzo III vietò le nozze entro il 4° grado di computazione canonica, dispose che l'azione di nullità per questo impedimento fosse imprescrittibile. La Glossa estese la regola a tutti gli impedimenti: *tractu temporis non firmatur matrimonium nullum*, e aggiunse che la sentenza su tale materia non fondava *res iud.*, onde la possibilità di una sentenza contraria: quindi sentenza dichiarativa della validità o meno di matrimonio mai passava in giudicato (3). Tale regola fu estesa a tutte le cause spirituali, alle beneficiarie, a quelle importanti scomunica, alle usurarie, ovunque trattisi *de periculo animae*, e gli stessi civilisti accolsero il principio non essere *res iud. cuius observantia nutrit peccatum mortale*. A parte questi motivi, risulta che contro la sentenza era sempre

(1) PACIO (*Locubr.*, III, pag. 574) ridusse i casi a 24. Secondo la Rota romana (Recent., IX, 438; X, 82) sentenza ingiusta mai passa in giudicato.

(2) Entro 30 giorni; Pragm. 4, § 3, de dilat. Pel pagamento bastava dire dove e quando avvenuto (Pragm. 44, § 2, de offic. M. Iust. an. 1574) ma poi si richiese pubblico strumento (Pragm. 18, § 1, n. 15, de ord. iudic., an. 1738). Se l'eccezione risultava temeraria, si incorreva in multe (Pragm. 44, § 3, de offic. M. Iustit.).

(3) Gloss. ad C. XXXV, qu. 6, voce *unde quaeritur*: *rem iudicatam non preiudicare veritati in causa spirituali*; HOSTIENSIS, *Summa*, pag. 385; PANORMIT., c. 6, X, IV, 15.

Digitized by Google

opponibile un fatto (1), davanti al quale cedeva la verità fittizia, e ciò *usque ad* 30 *annos et non ultra ubi non vertitur periculum animae*, perchè allora si può agire in perpetuo (2). E come se ciò non bastasse, la dottrina aveva accreditato vari impedimenti soggettivi che sospendevano il corso dei fatali, rendendo così la sentenza esposta a reclamo: ed erano l'inopia, l'assenza per pubblico motivo, la detenzione, la minorità o la morte della parte che poteva appellare; in tali casi il tribunale emetteva il provvedimento: *procedatur ad ulteriora exceptione lapsus fatalium non obstante* (3). Tanta copia di eccezioni rese impossibile il formarsi di una qualsiasi teoria sulla *res iud.*, che infatti manca anche in Scaccia, talchè si procedette colla solita pericolosa casistica; onde viene spontanea l'osservazione se e quale sentenza passasse in giudicato pel decorso del tempo, quale fosse al sicuro da un appello, da un reclamo straordinario o da una querela di nullità, per uno di quei motivi di facile ampliamento da parte dei forensi, quando tale incertezza potevasi protrarre fino a trenta anni?

34. A parte queste eccezioni di natura giuridica, il giudicato era esposto ad altri attacchi dipendenti dai principii del potere assoluto di cui era investito il sovrano. Dei modi di reclamare contro le sentenze (ricorsi al principe, avocazione di cause già decise ad altri fori) si vedrà appresso: basti accennarli per riconoscere che nessuno poteva esser sicuro della sentenza. Ne dà il sospetto la seguente disposizione dello Stat. di Modena, 1327 (III, 27, pag. 355): premesso che *multi litigantes propter imperitiam advocatorum succumbunt in causis... propter ineptam petitionem seu male formatam*, riconosce loro il diritto *demum agere et aptam petitionem producere*. Si noti che detto stat. ha rubriche sull'appello e le nullità. In quel caso si ammette il rinnovarsi del giudizio, malgrado la sentenza di condanna, e che le *probationes facte et attestationes testium in ipsa prima causa productorum valeant et obtineant roboris firmitatem in secunda causa*. Rimessa la questione sulla imperizia dell'avvocato, è ovvio immaginare

(1) Così SCACCIA, *De sent. et re iudicata*, Ven., 1629, gloss. 14, qu. 2, pag. 275.

(2) Id., pag. 290; MARANTA, VI, quandoque appell. n. 154; TUSCHUS, *Concl.*, v. *Res iud.*

(3) SCACCIA, *De appellat.*, qu. 15, art. 9, n. 181, pag 281; DE MARINIS, *Resolut.*, lib. II, c. 19; RICCIUS, *Collectanea decisionum*, 10, sect. 245; DE ROSA, *Praxis*, II, pag. 118.

Digitized by Google

come ogni perdente si sentisse autorizzato a non tener conto dei giudicati.

35. Ma ciò è nulla in confronto degli inconvenienti derivanti dalla consuetudine di assolvere il convenuto dalla petizione dell'attore che non aveva bastantemente provato, colla clausola: *altro non apparendo* o *stando gli atti come stanno*; e dall'altra di condannare il reo colle stesse clausole, allorchè le eccezioni sue non erano sufficientemente provate; ne seguiva che la parte vinta poteva iniziare poscia sulla stessa lite così finita nuovo giudizio e chiedere di essere nuovamente ascoltata mediante nuove prove. Insegnavasi che ciò le era permesso non già entro il termine di dieci giorni, ma di dieci anni. A questa clausola, sconosciuta al diritto romano e pura invenzione degli interpreti (1), attribuivasi il significato di concessione di tempo a rintracciare nuove prove; tempo lungo ma necessario per non chiudere la strada alle prove; occorrono, dicevasi, dieci anni *inter praesentes* e venti *inter absentes*, presso a poco quanto era stabilito per la prescrizione (2). Anzi in Piemonte volevasi estendere questo tempo fino a trent'anni (3). Tali dottrine regnavano nei tribunali come fossero leggi, e non appariva quanto ripugnassero alla ragione e al pubblico interesse, perchè lasciavasi il possessore esposto a nuovi attacchi pel corso di tanti anni e a nuove molestie, sempre incerto della sua proprietà.

36. Altre questioni si presentarono alla dottrina fin dal secolo XIV per ciò che riferivasi alla stretta equivalenza da osservarsi fra libello e sentenza. Siccome era possibile che nella cognizione di una controversia, sulla ammissibilità o meno di un'azione, si presentassero altri punti pregiudiziali, incidenti od emergenti, che quasi necessariamente coinvolgevano la questione principale, si domandò: tutto ciò che è disputato e cognito va deciso? e tutto ciò che è deciso è *res iudicata?* Una corrente dottrinale, fin dal tempo dei glossatori, invocò la l. 1, Cod., *de ord. iudic.*, III, 8, per restringere gli effetti della *res iud.* all'*actio principaliter in iudicium deducta*, lasciando fuori i punti pregiudiziali, e su questo punto l'accordo fu raggiunto, nè più si disputò: invece le dispute

(1) Si adducevano a fondamento la l. 30, in fin., Dig. de pactis dotal., XXIII, 4, e la l. 22, § 3, Dig. de famil. erciscund., X, 2.

(2) THESAURUS, *Decis. Pedemontan.*, 81.

(3) AB ECCLESIA, *Observat. forens*, part. I, obs. 44.

Digitized by Google

si mantennero per le questioni incidentali, e abbiamo esposto le varie correnti dottrinali, e come i canonisti arrivarono a una concezione delle *interlocutoriae vim definitivae habentes* e quindi con efficacia di *res iudic.*

37. Era canone del procedimento criminale: *bis de eodem delicto quaeri non potest.* Quindi bene scriveva Farinaccio: *sententia lata in criminali transit in rem iudicatam* (1): ma canone per modo di dire, poichè non potendosi lasciare impuniti i reati si venne a circondarlo di grandi restrinzioni. Se il processo era finito con sentenza assolutoria, si presentavano diverse situazioni: o la sentenza era di piena assoluzione, per provata innocenza, con rigetto completo dell'accusa, allora *non possit amplius molestari* (2). Se invece risultava che l'accusatore non poteva dare la prova, fin dal tempo dei Glossatori si diceva che il processo potesse rinnovarsi (3): e più tardi si ammise che anche un terzo potesse farsi accusatore in nuovo processo (4). Questo era il caso dell'assoluzione *cum clausola ex hactenus deductis,* cioè libertà accordata allo stato degli atti, ossia non condanna per insufficienza di prove, ma *procedatur ad pleniorem informationem;* o libertà condizionata e a tempo nei casi lievi, e senza limite pei reati gravi, con indizi considerevoli, che consigliavano tenere l'imputato *in incerto et dubio statu.* Il giurista Saliceto propose la seguente tesi: quando il giudice è incerto davanti alle prove non può assolvere definitivamente ma solo *abolitionem facere accusationi* (5): così venne nella pratica la formola della *sententia absolutoria stantibus rebus, prout stant,* o anche *absolutoria ab observatione iudicii* (6).

Tali formole (che Saliceto raccomanda: *tene cordi quia sunt quotidiana*) malgrado le osservazioni in contrario mosse da alcuni giuristi (Bossio), portavano a distruggere la *res iudicata,* essendo intese nel senso che *non obstante absolutione signata ob defectum probationum quis possit iterum molestari et condemnari*: così a

(1) FARINACCIUS, *De inquis.*, I, I, 1, qu. 4.

(2) Id., *Consil.* 5; CLARUS, qu. 57; DECIANUS, *Tract. crimin.*, vol. I, lib. III, c. 30, Venet. 1565, pag. 216.

(3) Gloss. ad l. 7, § 2, Cod. de accus., IX, 4.

(4) FARINACCIO e CLARO ai l. cit.

(5) *Lecturae super Cod.*, ad l. ea quidem, n. 86, Cod. de accus., IX, 4; ad l. si quis, 3, n. 5; Cod. ad l. Iuliam maiest., IX, 8.

(6) BOSSIUS, *Tract. varii crimin.*, Ven., 1566, de sent., pag. 485; GUAZZINI, *Ad defensam reorum,* ecc., pag. 136.

Digitized by Google

Firenze e a Milano chi era stato assolto con quella formola, che era di consuetudine, poteva avere rinnovata l'accusa non solo dal primo accusatore, non solo di ufficio, ma *ab uno de populo* (Claro); e si giustificava ciò attribuendo alle sentenze colle clausole *hactenus — rebus sic stantibus — alio non edocto vel non apparente* il valore di interlocutorie. Così nei processi ove era da applicarsi la tortura, la mancata confessione portava o a pena straordinaria o ad assoluzione condizionata, cioè l'assolto era tenuto a prestar cauzione o fideiussione *de stando iuri* e di presentarsi ad ogni richiesta (1). Il diritto poi di riprendere l'accusa durava 10 anni secondo alcuni, 20 secondo altri, quanti occorrevano a prescrivere l'accusa (2).

E oltre alle suddette clausole vi eran nella dottrina altri pretesti per impedire alla sentenza criminale gli effetti della *res iudic.*: il giudice sentenziò alla vigilia di scadere di ufficio, mentre era pendente altro giudizio, fu precipitoso, non era competente, assolse su presunzioni o viceversa non condannò secondo i risultati delle prove, si fondò su reperto medico inesatto o di persona non avente i requisiti di legge o non si attenne alle perizie o al consiglio di sapiente. Si pretendeva annullare la sentenza per iniquità. La casistica era venuta in soccorso degli usurai con speciali espedienti per togliere la forza di cosa giudicata alle sentenze che li condannavano: si pretendeva che restassero sospese per 30 anni. E per esaurire gli effetti delle sentenze criminali, diciamo come si estinguessero per opera degli indulti, grazie, amnistie frequentissime per ogni evento pubblico o nelle case dei regnanti: e per fatti di ordine privato, come la composizione coll'offeso e la pacificazione giurata. Ancora all'assoluzione in giudizio civile seguiva in criminale l'imposizione di perpetuo silenzio.

L'effetto liberatorio della sentenza è una conquista moderna: per la prima volta fu scritto nella Costituzione francese del 1791.

---

(1) CARAVITA, ad Ritus, 248.

(2) Il RENAZZI (*Elem. iuris crimin.*, II, pag. 250) riconosceva non potersi processare l'assoluto per lo stesso delitto: *attamen hoc ipsum multotiens fallit*, e indicava le fallenze, non dovendo i delitti rimanere impuniti.

Digitized by Google

CAPO XIII.

Rimedi giudiziari contro le sentenze

1. Il diritto di reclamare contro i giudicati ebbe in Italia la consacrazione di tutte le leggi senza interruzione; e anche sotto le dominazioni barbariche, sebbene resa eccezionale e difficile per la gravità che assumeva, e nel periodo dell'anarchia feudale la revisione per iniquità o nullità non era negata. Certo nel medio evo tanto in alto era il potere del giudice, come lo è stato negli esordi della vita civile, che ogni atto di lui, ogni detto era ritenuto giusto e conforme al diritto e irretrattabile, specialmente se fondato su quelle prove in cui Dio si rivelava, e tali da convincere lo stesso perdente: e in base a tale presunzione le parti accettavano la sentenza prima che fosse pronunciata, cioè dal momento in cui sottomettevano al giudice la loro controversia. Perchè fosse annullata, occorreva muovere una querela di falso contro il giudice, e allora il reclamo o l'appello salivano ai più alti poteri, divenendo una facoltà riservata ai potenti, cioè ponendo la seconda giustizia a privilegio di pochissimi. Il Comune popolare fu reazione a tale ingiustizia, e uno dei primi diritti reclamati nelle sue vittorie fu quello di tenere quei tribunali di appello, che aveva anche la Chiesa per tutte le cause, colla sua giustizia aperta a tutti, e di realizzare così una giustizia rispondente a quello spirito democratico animatore di coloro che combatterono contro l'Impero, ma poi tanto degenerato colle fazioni. Comunque avvenisse in seguito, l'appello entrò nelle consuetudini italiane come diritto di tutti i litiganti, e nel corso del sec. XIII nelle città dell'alta Italia e del centro e in quelle della meridionale

Digitized by Google

rette a monarchia, furono istituite magistrature regolari di secondo grado con persone più addestrate nelle leggi. Ciò rispondeva anche a molteplici necessità del tempo, cioè al complicarsi delle relazioni economiche specialmente in riguardo alla proprietà fondiaria, alle esigenze della nuova cultura giuridica penetrata nei tribunali ed elemento informativo della vita cittadina, e anche ai mutati sistemi probatori che ponevano giudici e parti in un contrasto sempre più acceso. Ma oltre a tali ragioni di ordine tecnico ve ne era una superiore ed intima, cioè il concetto già proprio dello Stato romano e poi morto con esso, di riguardare la funzione giurisdizionale come precipuo diritto dello Stato, fosse la Città-Stato o il Regno di Sicilia.

Conseguenza di ciò fu il sollecito ordinamento della giustizia in due gradi di competenze con ordine gerarchico che permetteva in via regolare e normale l'esame di una controversia non una sola ma almeno due volte. In principio tali ordini furono semplici, ma poi divennero collegiali: se nei primi gradi non si richiedevano conoscenze giuridiche, queste furono imposte ai secondi, come anche requisiti di maggiore esperienza per un più continuato esercizio di funzioni: poi dove la giustizia fu amministrata da magistrati di professione, si vide comparire l'appello, spesso anche a tre gradi successivi. E si introdussero mezzi ordinari e straordinari di ricorso, i primi di diritto comune, i secondi con carattere eccezionale accordati in casi speciali: con quelli il processo rinasce nella sua totalità davanti ad altri giudici; cogli altri prende sviluppi e aspetti al di fuori della norma generale, giusta a quelle forze che lo determinarono. L'importanza e la pericolosità dei mezzi straordinari sono da constatarsi nei periodi di assolutismo politico, ove leggi e competenze, gerarchie e procedure possono essere mutate dalla volontà arbitraria del sovrano. Qui specialmente risulterà chiaro come gli ordinamenti giudiziari e procedurali si mantengano in stretta connessione colle istituzioni politiche di un paese.

Intanto emergerà dalla seguente esposizione che il procedimento italiano di appello durante l'epoca dei Comuni progredì in quanto furono ordinati e circonscritti i gradi di giurisdizione; e queste innovazioni nel loro aspetto esterno significarono un passo in avanti per una migliore giustizia: invece il suo perfezionamento interiore restò compromesso dal persistere di criteri non consoni alla funzione giurisdizionale, ereditati dall'epoca

Digitized by Google

precedente [1]. Perniciosa influenza dovevano esercitare quelle concezioni politiche le quali legavano il reclamo contro sentenza al concetto gerarchico di giurisdizione delegata o a quello di autorità maggiore competente al funzionario più elevato e peggio al principe, incaricati di reprimere le colpe degli inferiori e ripararne le conseguenze. È conquista moderna, dipendente dalle profonde modificazioni avvenute nel diritto pubblico, nella divisione dei poteri, nel principio di responsabilità degli organi giudiziari, l'efficacia attribuita ad ogni atto giurisdizionale riguardato come funzione giuridica dello Stato, e in linea accessoria la giustificazione di ogni reclamo alla competente autorità colla necessità di più largo svolgimento del rapporto processuale per colmare le lacune o correggere gli errori. In conseguenza lo svolgimento storico condusse l'appello a non essere più un atto contro il giudice, e ad acquistare il significato di un effettivo concorso dello Stato perchè una situazione giuridica sia riconosciuta, regolarmente e per quanto possibile, nella sua esistenza e nella sua estensione.

§ 1. *L'appello.*

2. Anche nell'epoca feudale nessun giudicato era al riparo da una *reclamatio ad definitivam sententiam* presso il tribunale dell'imperatore, del re o di un loro delegato. La stessa gerarchia feudale includeva il concetto di poteri giudiziari esercitati da coloro superiori in grado, finchè si giungeva alla *curia d. imper.* o alla *curia regis* ordinata stabilmente in Sicilia dai Normanni, sul modello della francese *curia principis*, o a quella del *magister iusticiarius* che presiedeva il supremo tribunale nel posto del

---

(1) Per es. BARTOLO, alla l. 1, appellandi usus, Dig., XLIX, de appell., vol. VIII, pag. 193, presuppone nella sentenza viziata di iniquità che il giudice abbia fatto *litem suam* e quindi la parte *possit appellare nihilominus habet regressum contra iudicem male iudicantem.* Tali concetti egli ripetè in l. si minoris, Dig. de admin. tutor.; l. si reos, Dig. de alien. iud. Così era anche la dottrina canonistica (vedi INNOCENTIUS IV, al c. pastoralis, X, de offic. deleg.; c. saepe, X, de appell.). La prima conseguenza era che il giudice potesse condannarsi alle spese del giudizio. Se la sentenza è *nulla ipso iure, quia non servavit consuetudinem*, si suppone che il giudice *fecit litem suam et partem gravavit praetextu officii et sic respondit*: sono parole di BALDO, ad c. 1, § iudices, de pace iur. firm. Tutto il giudizio, compresa la sentenza, era riguardato come un rapporto fra giudice e litiganti; donde il regresso del vincitore in appello contro il giudice di prima istanza.

Digitized by Google

principe, come in Normandia faceva il *senescallus* (1). Nello stesso modo che in Francia, l'appello al re seguì il rinvigorirsi del potere regio a danno della feudalità, e ciò nel corso del sec. XIII, e parve innovazione sostanziale, così in Itália l'appello non più al tribunale imperiale ma a quello del Comune, cioè entro la città, suggellò la pace di Costanza del 1183, e in tal modo le città lombarde affermarono il loro diritto di autonomia politica, amministrativa e giudiziaria. Da quel momento fu loro riconosciuto dall'imperatore il diritto di giudicare le cause in appello, il che implicava rinunzia di lui a tenere nelle città ufficiali imperiali investiti di attributi giudiziari. L'appello era antica indomabile aspirazione dei Lombardi e Toscani, i quali anche prima di quella pace intendevano spettasse loro qual diritto, e l'esercitavano di fatto, imponendo ai cittadini di adire esclusivamente ai locali *cognitores appellationum*: così disponeva Pisa nel 1142: oppure sollecitavano dagli imperatori, in premio della fedeltà, privilegi speciali per gli appelli, come fecero nel 1180 Milano e Ferrara (2). Ed altri eran paghi che alle curie di appello presiedessero i vescovi, come pel passato.

La pace di Costanza partiva dal concetto che le città lombarde e toscane avevano *superiorem*, cioè esercitavano i poteri giurisdizionali per delegazione e che il *merum imperium* era proprio dell'imperatore che lo poteva concedere ma in maniera separata (3). Conseguenza era che l'appello non faceva parte delle regalie attribuite alle città con quella pace ed era riservato ai giudici imperiali; così infatti era stabilito: *in causis appellationum si quantitas 25 lib. imp. summam excedat, appellatio ad nos fiat... ita tamen ut non cogantur in Alemanniam ire: sed nos habebimus proprium nuncium in civitatibus et episcopatu qui de ipsa appellatione cognoscat et iuret quod bona fide et sine fraude causas examinabit et definiet secundum leges et mores illius civitatis intra duos menses a contestatione litis vel a tempore appellationis receptae.*

Poi, come diceva Baldo: *ubi est imperator, ibi omnis iuris-*

(1) GREGORIO, *Consideraz. sulla storia di Sicilia*, pag. 152; BRUNNECK, *Sicil. Stadtrechte*, 1881, pag. 202. Per la Normandia, v. BRUNNER, *Entstehung der Schwurgerichte*, 1872, pag. 148.

(2) Per Pisa, v. Breve Com. pis., ed. BONAINI, I, 8. Pei privilegi del 1180, v. FICKER, *Forschungen*, IV, pag. 155, 178.

(3) BARTOLUS, l. imperium, n. 5. Dig. de iurisd. omnium iudic., vol. I, pag. 46.

Digitized by Google

dictio (1), e anche al tempo di questo giurista: *imperator hodie in Italiam tenet gloriam nominis* (2): la sua curia è curia generale (3), e in tutte le città può costituire magistrati e vicari (4). Quindi non solo quando era in Italia poteva tenere le sue assise nelle città rette a Comune, ma ancora inviarvi vicari per ascoltare le cause in appello, restando sospese le appellazioni dei tribunali municipali, salvo che a Venezia, a Roma, e Bartolo aggiunge a Perugia (5). Gli attributi della sua sovranità erano imprescrittibili, diceva Dante (Epist., VI, 2) e riconoscevano i giuristi e tali erano la *iurisdictio in causa appellationum* (6). Per questo lo stesso Baldo, di tendenze prevalentemente guelfe, pone fra le questioni disputabili: *an civitas possit ordinare iudices appellationis* (7), dipendendo dalle clausole delle concessioni: ma una volta ottenutolo, il diritto di giudicare gli appelli era irrevocabile: diritto che in conseguenza non si acquistava per prescrizione (8).

3. Tali dottrine professavansi ancora nel sec. XIV, quando da oltre un secolo i Comuni avevan respinto anche colle armi le pretese imperiali di natura politica e giurisdizionale, avevan vietato ai cittadini di reclamare alle curie imperiali (9), non dato esecuzione alle sentenze di queste, e con mirabile sollecitudine istituiti giudici di appello, e avevan, dove queste speciali magistrature non si ebbero, il podestà chiamato a tale funzione, egli chiamato *causarum pater* (10), *qui nullam iuris solemnitatem tenetur observare*, salvo quelle di diritto naturale (11). E le città, fossero le maggiori o le minori, quelle con vescovo o senza, murate o aperte per ripetere il criterio con cui Bartolo differenziava le une dalle altre, vollero affidare gli appelli a *duo legis prudentes iuris periti*. L'appello fu proclamato rimedio ordinario, che nemmeno

(1) BALDUS, l. executionem, n. 49, Cod. de exec. rei iudic., vol. VIII, pag. 97.

(2) Id., l. licet., Cod. locati, vol. VI, pag. 138.

(3) Id., l. unica, Cod. quando imp. inter pupillos, vol. V, pag. 189.

(4) Id., l. rescripta, n. 11, Cod. de precib. imp., vol. V, pag. 79.

(5) BARTOLUS, l. neque, Cod. de decurion., vol. VI, pag. 194.

(6) Id., l. 1, § si quis, Dig. de appell., vol. VI, pag. 190.

(7) BALDUS, l. ius pluribus, n. 5, Dig. de iustitia et iure, vol. I, pag. 15.

(8) Pisa minacciò il bando a chi appellava alle curie imperiali nelle cause civili: Breve Com. Pis., an. 1286, in BONAINI, I, pag. 137.

(9) BALDUS, rubr. Cod. quae sit longa consuet., vol. VIII, pag. 178.

(10) BARTOLUS, *Auth. de armis*, vol. IX, pag. 36.

(11) Id., l. filius familias, n. 2. Dig. de donat., vol. V, pag. 55.

Digitized by Google

lo statuto può sopprimere, rimedio che fu praticato secondo le norme prevalentemente romane; conseguendo così la rinata civiltà italica una duratura vittoria, anche per le conseguenze che si ripercossero su tutto l'ordinamento giudiziario, coll'esclusione principalmente delle prove del duello e delle altre ordalie. Non vi è statuto antico cui manchi la rubr. *de appellationibus*, ove ogni cautela è presa *ut cognoscatur iniquitas vel imperitia iudicis* e nello stesso tempo per impedire che serva solo a molestare il vincitore: da ciò i pegni e le cauzioni all'appellante, minacciandolo di pena se la prima sentenza sarà confermata, attribuendo all'appello effetto sospensivo: infine per raccomandare sollecitudine ai giudici (1). I quali hanno l'ufficio congiunto di rivedere la sentenza o di annullarla, sono *ad cognoscendum causam appellationis et nullitatis*, nel primo caso statuendo definitivamente sulla lite, nel secondo rinviando al tribunale di prima istanza quelle *quae nullae dicuntur* (2).

4. Come si è detto, per la pace di Costanza gli appelli erano riservati all'imperatore (3) e di diritto le città non avrebbero posseduto la piena giurisdizione. Questo principio di diritto pubblico non era posto in dubbio dai giuristi del sec. XIV. Perciò gli imperatori tennero nelle città che riconoscevano il superiore, vicari stabili o viaggianti *ad iustitias faciendas*: e la dignità colle relative funzioni fu accordata a grandi feudatari (4), per mezzo dei quali esercitavasi ingerenza non solo nelle cose di giustizia ma negli affari interni. Nei diplomi di nomina è così indicata la missione dei giudici di appello: *ut de omnibus causis Ytalie tam de principalibus quam de litibus appellationum sua vice cognoscerent easque legitime tramite definirent* (5). Per lo più di tale dignità investivansi vescovi che *sapienter et moderate* adempivano

(1) Breve Consulum. Pisan. civ., 1142, 1144, in BONAINI, I, 8.

(2) Stat. di Bologna, 1250; IV, 49; Padova, 1285, c. 533; Verona, 1228, c. 22, 169; Pistoia, 1289, II, 106, 110, 115; Ravenna, sec. XIII, c. 31.

(3) Vedi la parte I, pag. 163 e segg. Nel *Responsum d. imperatoris* (MURATORI, *Antiq.*, IV, 296: *Mon. Germaniae, Leges*, II, 168) era sancito che le cause in appello oltre le lire 100 dovessero portarsi al tribunale imperiale presieduto dai *missi*, il solo competente.

(4) an. 1162: AFFÒ, *Storia di Parma*, II, 372, 374; MITTARELLI e COSTADONI, *Annali Camaldol.*, IV, 133; an. 1164, 1185: *vicarius imp. aulae* o *curiae*; FANTUZZI, *Doc. ravenn.*, IV, 265; COSTA, *Cartul. Derthon.*, 37.

(5) Chron. di Morena, in PERTZ, *Mon. Germ.*, XVIII, 640.

Digitized by Google

l'ufficio, risolvendo importanti liti di feudi (1), con giurisdizione su larghi territori, per es. da Piacenza a Tortona e tutta la Lombardia (2). Con Federico II ringagliardirono le pretese imperiali in materia di appello, e un vicario con queste funzioni ebbe la Marca di Ancona per decidere cause che per la loro *magnitudo et qualitas* spettavano al tribunale imperiale *et quorum cognitio si nos presentes essemus ad nos pertineret* (3); e Federico ancora concedeva licenza di aver giudici di appello a città non contemplate nella pace di Costanza (4). Al sec. XIV non solo gli scrittori politici imperialisti ponevano in prima linea l'appello all'imperatore, ma anche una legge dello Stato pontificio, le Costit. egidiane (II, 9) lo riconoscevano accanto a quello al papa.

Competenza eccezionale, più teorica che pratica, perchè ormai il diritto si svolge nel senso della piena autonomia giudiziaria da parte dei Comuni lombardi e toschi. Anche in quelle città dove i vescovi già conti si erano riservato il diritto di giudicare in appello (5), non tardarono i consoli a privarli, e dove i consoli rispettarono i patti, furono i podestà e i signori a privare i vescovi degli ultimi avanzi di loro giurisdizione (6). Anche prima che nelle

(1) an. 1158: AFFÒ, II, 217, 372; PERTZ, XI, 683. Nella pace di Costanza furono riservati i diritti di alcuni vescovi-conti *in appellationibus*, diritti che, per es., pel vescovo di Brescia erano ancora riconosciuti nelle Consuet. del 1223 e 1277. Vedi VIGNATI, *Cod. dipl. di Lodi*, pag. 167; ROBOLOTTI, *Repertorio diplomatico cremonese*, pag. 152. Per Milano, Galvaneus Flamma, an. 1190, in MURATORI, *Rer. ital. SS.*, XII, pag. 657. SALVIOLI, *Storia delle giustizie e immunità delle Chiese in Italia*, negli *Atti e Mem. della Deput. di storia patria per le prov. modenesi*, 1884.

(2) an. 1211: FICKER, § 187.

(3) an. 1242: HUILLARD BREHOLLES, *Hist. diplom. Friderici II*, VI, 67, 83; V, 359.

(4) an. 1242: RENA e CAMICI, *Mem.*, VI, 65. E prima altri imperatori ne avevano investito i vescovi: v. diplomi per Lucca: *Mem. e doc. per la storia di Lucca*, I, pag, 198, an. 1186, e nello stesso anno per Perugia: BONAZZI, *Storie di Perugia*, I, pag. 244.

(5) Così a Vercelli (Stat. di Vercelli, an. 1341, in MANDELLI, *Storia*, II, 79), a Parma, a Ceneda, a Belluno, ecc.

(6) Stat. di Mantova, III, 125; Gli Estensi a Reggio, an. 1441, 1450, in TACOLI, *Memorie storiche di Reggio*, III, 776-804. Gli Stat. di Brescia del 1313 non menzionano più la competenza del vescovo *in appellationibus*, che era riconosciuta in quelli del 1277; e anche nel 1306 si parlava di un *consul appellationum episcopi* a cui si ricorre contro il giudizio del podestà; LATTES, *Il Liber potheris di Brescia*, in *Arch. stor. ital.*, 1902; ma vedi la parte I di questa *Storia*, pag. 175-187.

Digitized by Google

maggiori città si differenziassero i giudici secondo le competenze del civile e criminale, i consoli o il podestà o gli anziani o uomini periti scelti fra questi furono investiti di funzioni giurisdizionali superiori pel riesame delle sentenze dei treguani e dei giudici inferiori (1). I consoli o i podestà presto assursero al più alto grado di giurisdizione. A Padova nel 1239 è così scritto nello Statuto: *potestas sit et intelligatur esse iudex et maior in omnibus et super omnes magistratus et iudices*: a Como egli era giudice di appello e anche di prima istanza nelle cause civili qualora *est magna et evidens causa et periculum vel scandalum*: a Modena nel 1327 si appellava al Podestà *sine aliquo alio medio*: a lui solo nelle cause civili *possit libere appellari* (III, 20). Soltanto nelle *Riformazioni* del 1500 fu vietato saltare i gradi di giurisdizioni (*omittere medium*), che si dovevano percorrere *gradatim*, come insegnava il diritto comune, salvo il ricorso al principe o al papa; però generalmente si voleva che tal ricorso si esplicasse come ultimo rimedio dopo di aver saggiato quelli prescritti dalle leggi.

Ma non era il Podestà quegli che sentenziava, perchè generalmente egli deferiva l'esame a persone perite nel giure, non essendovi magistrati permanenti di appello. La disposizione dell'antico Stat. di Novara (66: *H. p. Mon.*, pag. 582) che vietava al Podestà di intromettersi negli appelli, va intesa nel senso di obbligarlo a deferire questi e i reclami di denegata giustizia a speciali giudici nominati di volta in volta, come richiedevano le parti; e lo si puniva se non provvedeva senza indugio. Si era ricorso al Podestà come rimedio contro l'imperversare delle fazioni; ma quanta aspra diffidenza contro di lui! Tali giudici che sentenziavano in modo definitivo, ebbero anche il nome di *exgravatores* — che poi in seguito fu riservato a certi ufficiali incaricati di sorvegliare i giudici cui si rimproverasse aver causato la nullità delle sentenze per la loro imperizia (N. 27).

5. Quando il distretto si allargò e il contado fu aggregato alla città, i villaggi ebbero le loro giudicarie, e nella dominante furono istituite magistrature permanenti di appello dalle sentenze pronunciate dai giudici inferiori, formandosi così una vera gerarchia di competenze, per quanto di limiti incerti. Parimenti quando nacquero i primi nuclei territoriali di Stati, e i duchi di

(1) Così a Como (r. 230, 233, *Mon. h. p.*, pag. 57) i cittadini per le cause oltre 50 lire; ma *a sententiis burgorum cuiusque quantitatis appell. ad potestatem*. Vicenza, 1264, II, 94, ed. LAMPERTICO.

Digitized by Google

Savoia discesero dai monti, gli Ezzelini, gli Estensi, i Carrara, e Firenze e Siena estesero il dominio su altre città e i papi allargarono il Patrimonio di S. Pietro, o per forza o per trattative si soppressero le Curie di appello nelle città dominate per stabilirne una sola nella residenza del principe, nelle capitali; e fu così che Torino, Milano, Firenze, Ancona, Bologna furono sedi di magistrature regolari di appello, spesso investite anche di funzioni amministrative e per tal modo sottoposte all'influenza nefasta dei governi che le tennero al loro servizio ingerendosi nell'andamento della giustizia. Così nei territori veneti di terraferma le cause in appello erano trattate a Padova e a Verona da giudici nominati dalla Serenissima, quelle di Pola a Venezia, e nello Stat. della fine del sec. XIV (II, 20, ed. Benussi, 1911, pag. 215) è detto: *si sententiati valent contentare et solvere*, il creditore dia cauzione che dura *donec venetiis cognitum fuerit utrum illa sententia sic appelata fuerit bono aut non*, e secondo che l'appello sarà respinto od accolto, terrà o restituirà i beni dati *in solutum*: e tale sospensione non doveva prolungarsi oltre un anno. Firenze ebbe il tribunale di appello per tutto il territorio dello Stato e i Medici tolsero ai podestà le seconde istanze; e così a poche città conferirono i duchi di Savoia il diritto di avere curie di appelli, con grande dolore delle popolazioni che rivolgevano suppliche ai sovrani per essere liberate dal disagio che tale novità produceva anche per la difficoltà delle comunicazioni.

6. Nel corso del sec. XVI furono compiute negli Stati italiani non poche riforme amministrative che toccarono anche la giustizia e in particolar modo gli appelli. I secoli precedenti avevano lasciato larga messe di errori. Anzitutto il disordine in questa materia era profondo: in nessun territorio vi era uniformità di giurisdizioni sia pei privilegi locali sia per l'arbitrarietà dei principi nell'avocazione delle cause, sia per la stessa irregolarità nella composizione dei tribunali: per es. nel Friuli il Parlamento e a Trento il Consiglio aulico del vescovo-conte dovevano giudicare in appello; ma viceversa delegavano di volta in volta *viros expertos et prudentes* (1). Nel Piemonte era ammesso appello al conte di Savoia (2), al signore anziano del consortile (3), a giu-

(1) Const. patriae Foroiuli, I, 69.

(2) Stat. del Canavese, ed. Frola: Vestignè, 1406, III, 518; Nizza, *Mon. h. patriae, Leges*, pag. 100, 149; Casale, id., pag. 953.

(3) Id., San Giorgio, 1422, III, 274, 289.

Digitized by Google

rista (1) e perfino era possibile stabilire per convenzione altro foro (2). E anche dove funzionavano regolari magistrature di appello, ai litiganti non sempre negavasi la facoltà di saltare un grado, cioè dai locali giudici di appello ricorrere a quelli della dominante; in Piemonte invece di appellare ai prefetti di provincia invocavasi la decisione del Senato. Tale facoltà, ammessa dagli antichi proceduristi (3), fu riconosciuta come diritto delle popolazioni dalle Costituzioni di Federico II (I, 81), gettando il seme di molti abusi: *appellationes... ad celsitudinem nostram vel officiales nostrae Camerae, magistros iustiatiarios sicut in reliquis regni partibus deferantur*. Il maestro giustiziere era a Napoli e in Sicilia il vero giudice di appello, come lo erano i *iusticiarii regionum*, che ricordano quelli *itinerantes* di Normandia o meglio ancora i *missi dominici* della costituzione giudiziaria franca (4). Nè diversamente avveniva negli altri stati retti a forme monarchiche o di principato, come nel territorio di S. Pietro, nella Marca anconitana e nei dominii dei duchi di Savoia: qui i doc. del secolo XIV mostrano come le cause di grande importanza non passavano per gli ordinari gradi di giurisdizione, ma salivano direttamente al giudizio sovrano o al Consiglio del principe munito di ampi poteri: a questo chiunque poteva appellare, nello stesso modo che tal Consiglio aveva diritto di avocare a sè le cause di appello quando la gravità del fatto, o la potenza del convenuto o la povertà dell'attore suggerissero il provvedimento di sottrarle alle magistrature ordinarie (5).

7. La facoltà delle parti di ricorrere direttamente al sovrano, sorpassando i giudici di appello, era nell'ordine naturale delle cose, e per Napoli ne parla pel sec. XVI M. De Afflictis così: *in isto regno potest appellari ad regem omisso medio*. E oltre al re era dato

(1) Stat. del Canavese, Azeglio, XV, I, 172; Balangero, 1391, I, 287.

(2) Id., Chivasso, 1306, II, 128; 1436, II, 190.

(3) TANCREDUS, IV, 7; DURANTIS, II, 3, de appell.

(4) A Palermo per privilegio di Federico III del 1316 era giudice di appello la *curia praetoris* con un *iudex primarum appellationum* eletto dalla città fra i legisti: DE VIO, *Privil. Panormi*, pag. 42. Egual privilegio godeva Messina concesso da re Giacomo, 1294: BRUNNECK, pag. 233. Così queste città avevano dei *iudices superiores*: Cons. di Palermo, 3, 16.

(5) Stat. di Pietro II, 1263, r. 2, de causis impotentium terminandis, ed. NANI e Lettere patenti di Amedeo VI, 1355, in DUBOIN, *Editti*, III, 226; SCLOPIS, *Storia dell'antica legislaz. del Piemonte*, 1833, pag. 243; NANI, *Statuti di Amedeo VI*, 1379, pag. 6.

Digitized by Google

ricorrere alla M. R. Curia avente preminenza sugli altri tribunali (1); e un pratico del tempo ci informa dell'uso di appellare *ad arbitrium* alle R. Udienze o alla M. Curia, e ciò malgrado le leggi avessero disposto i vari gradi e competenze per gli appelli; e alla M. Curia vi era un giorno in cui si udivano i gravami di chicchessia *omisso medio* (2).

Specialmente in Sicilia ad aggravare tal disordine si aggiungevano le pretese baronali di competenza nelle cause di seconda istanza; e ciò contro le espresse disposizioni di legge. Vanno al proposito ricordati la Pramm. del 1451 (tit. 70, pramm. 3, vol. I) e il cap. 47 di re Martino: colla prima si vieta ai baroni di esercitare le appellazioni *omissis mediis*: col secondo si dispone di rilasciare gli apostoli a chi vuole appellare al re o al regio giustiziere. Vani ordini invero: perchè dopo da essi derogava re Alfonso (c. 457), quando accolse la domanda dei baroni e prelati per avere le prime appellazioni civili e criminali nei casi in cui *li litiganti per viam appellationis vel revisionis devissero comparire in la Regia gran Curti quasi farriano maiuri di spisa per lu letigio che non varria la causa in questione.* Questo fu il primo strappo: e nessun rimedio fu escogitato fino al 1747 quando il vicerè ordinò che *tanto nel civile che nel criminale* ognuno dovesse avanzar le sue istanze... e ricorrere a *noi* per la sola via competente dei supremi tribunali pel di cui canale spetta ad esaminarsi la pendenza..., astenendosi di avanzare i ricorsi per qualunque altra strada... Che se nei ricorsi, negli appelli venissero le parti ad essere gravate possano per via straordinaria della n. r. Segreteria ecc. (*Sic. Sanct.*, IV, 443). E con tali circonlocuzioni presumevasi ridurre le pretese del baronaggio! Residui di tali pretensioni erano ancora a constatarsi alla fine del sec. XVIII.

Dopo tale esposizione si può apprezzare il valore che ebbero le riforme di Carlo III del 1738. Nello Stato pontificio i papi curarono il rispetto delle giurisdizioni gerarchiche, il divieto degli appelli *omisso medio*, e in tal senso sono bolle del 1357 per la Marca di Ancona vietanti di rivolgersi direttamente al papa (3):

---

(1) Pragm. 4, de offic. S. R. Consilii.

(2) MUSCATELLUS, glossa tenebitur; DE ROSA, *Praxis civilis*, II, pag. 93.

(3) Costit. egidiane, VI, 2, ed. SELLA, pag. 209. È vietato di appellare al papa *omisso medio*, e il giudice *a quo* doveva procedere all'esecuzione della sentenza come se l'appello fosse inesistente. Nelle stesse Costit., I,

Digitized by Google

poi vennero le riforme di Paolo III e IV e di Pio V. Notevoli sono le provvidenze di papa Sisto V perchè le magistrature funzionassero *gradatim* e quelle di Clemente VIII quando estese il suo dominio su Ferrara (1). Altrettanto dicasi pel Piemonte fin dal 1561, e la monarchia riformando il Consiglio di Stato residente *presso la nostra persona*, lo investì di funzioni giudiziarie per la revisione delle cause già esaminate in appello (2). Così si arrivò a quelle supreme magistrature cui era affidato esaminare le sentenze di iniquità o nullità, che abbiamo già descritte e che ebbero i nomi molto venerati di Ruote, Senati, Udienze regie, ecc. Più tardi vennero le riforme di Giuseppe II per la Lombardia, di Leopoldo per la Toscana quando ripartirono i loro Stati in circoscrizioni giudiziarie ponendo a capo di ciascuna una Corte di appello.

8. Il concetto dell'appello implica il reclamo a un'autorità superiore: ma la pratica italiana fin dall'alto medio evo aveva ammesso che il giudice potesse ritrattare la sentenza pronunciata, allorquando il soccombente sollecitasse ulteriore esame in base a prove che non aveva prima potuto produrre e che permettevano di correggere un errore di fatto in cui il giudice era incorso. Si aveva così la revocazione, che ha pure la sua storia e che sarà esaminata a proposito dei rimedi contro le sentenze, storia insignificante in confronto di quella dell'appello e della querela di nullità.

Non vi è statuto anche di piccola borgata che non abbia la rubrica *de appellationibus*, e il diritto romano e il canonico servirono alla dottrina per formulare le norme di questa *theriaca* o *medicina contra morbum sententiarum*, come se l'appello alla sua volta non fosse divenuto una malattia altrettanto pericolosa, essendosi fin dall'epoca comunale introdotto il mal costume di non rassegnarsi alla prima sentenza e tentar la giustizia con nuove complicate malizie. Dino da Mugello fulminava le turbe degli

---

3, si legge l'ordine di Papa Urbano, poichè quasi tutte le città della Marca, Toscana, Spoletano hanno usurpato gli appelli che spettano alla Sede apost., ordina *de non habendo iudicem appellationum sive exgravatores sine licentia Sedis Ap.*. Cfr. gli Statuti di Fano, Macerata, ecc., e THEINER, *Cod. dipl. dominii temporalis S. Sedis*, III, 292, an. 1440.

(1) *Bullarium*, IX, 60; X, 352; PERTILE: LAMANTIA, *Storia d. legisl. ital.*, *Roma*, pag. 205: MORONI, *Dizion. di erudiz. eccles.*, v. Appello.

(2) Carlo Emanuele I, 1598: DUBOIN, VI, 48; III, 220, 609.

Digitized by Google

appellanti temerari che ingombravano le aule dei tribunali; e riottosi e prepotenti ce li descrive un antico Statuto a cui vietava dire *verba inverecunda et intrare inter stangas banche iuris* (1): nè si riusciva a indurli a riflessione colle severe misure colpendoli, allorchè il loro appello era respinto, colla perdita della cauzione, elevantesi anche al decimo della somma controversa, cauzione che depositavano per l'impegno di proseguire il giudizio fino alla sentenza, colla condanna ai danni alla parte, alle spese giudiziarie e spesso con multe in favore del fisco (2). Intanto l'appello era proclamato da Baldo rimedio necessario, di giure naturale, che nessun statuto può sopprimere, che devono i giudici ammettere in tutte le cause, salvo in quelle ove sia espressamente vietato (3). In quanto alla sua natura Bartolo lo definì non atto giudiziario: *non est actio, nec officium iudicis nec exceptio sed quoddam ius per se definitivum* (4).

Verbum appello est generale: quindi comprendeva l'ingiustizia e la inosservanza delle forme. Era diritto di tutti e contro tutte le sentenze, salvo quelle pronunciate dal principe: diritto di tutti, anche dello scomunicato, e non solo del soccombente, ma anche di estranei, quindi del *coniunctus pro coniuncto*, dell'*amicus pro amico*; soltanto doveva venire la ratifica di colui in favore del quale si era appellato, entro dieci giorni (5). Secondo il diritto

---

(1) DINUS MUGELLANUS, in *Quellen z. Gesch. d. roem. kan. Prozess*, II; Stat. di Montalboddo, 1366, II, 5, ed. MENCHELLI, 1913.

(2) L'appellante doveva *satisdare de prosequenda lite et de restituendis expensis*: Stat. di Biella, 1348, II, 1, doc. 19, art. 14-16, ed. SELLA. Negli Stat. di Como, 1216, 234, è detto: *antequam consul de bancho discendat, det in manibus notarii sol.* 4.

(3) In rubr. Cod. de appell., vol. VIII, pag. 91; l. cum solitum, Cod. id., pag. 100; l. unica, n. 8, id., pag. 115.

(4) l. creditor, n. 1, de appell., vol. VI, 201 e 204. Sull'appello SCACCIA scrisse un trattato completo che ebbe 6 ediz., l'ultima del 1717; altre trattazioni sono inserite nel tomo V (vol. VI) dei *Tract. univ. iuris*, e appartengono a Buoniconti, Guido Papa, ecc. Sugli appelli scrisse Ruginelli, 1653. L'argomento interessò anche i moralisti per l'appello frivolo o contro sentenza fondata su opinione probabile o meno probabile: v. DIANA, *Theologia moralis*, parte III, tract. 5, regol. 104; LEONCILLUS, *Decisiones Ferrar.*, 60.

(5) Così BULGARO (ed. WUNDERLICH, pag. 22), che ammette possa appellare dalla sentenza *etiam alii cuius interest, ut venditori, victo emptore; domino, victo procuratore*. Tale diritto competeva anche al procuratore per la sua qualità di *dominus litis*: Stat. di Ferrara, 1567, II, 70. Su detta qualità veggasi più oltre, al cap. XV.

Digitized by Google

comune era sì permesso a un terzo appellare, ma volevasi il requisito di un interesse nella causa, di un danno derivato dalla sentenza. Il diritto veneto fu più rigoroso in tale materia richiedendo che il terzo avesse fatto intervento o, come dicevasi, *assunzion di giudizio* in prima istanza.

L'appello, si diceva, è da ammettersi in tutte le cause: ma viceversa lungo è l'elenco di quelle in cui era vietato. Dino da Mugello le enumerò nei suoi esametri (1), e altrettanto fece il Card. di Susa (l'Hostiensis). Anzitutto per la *excellentia* del giudice, e quindi erano inappellabili le sentenze di papa, imperatore e principe: lo erano i lodi degli arbitri e dei capi delle curie mercantili. Pei difetti di rito si poteva agire per nullità non per appello, e per alcune leggi (Toscana, 1473) i vizi dipendenti *ex inoptitudine processus aut libelli* non potevano dar luogo ad appello e nemmeno a eccezione di nullità. Alcuni statuti erano andati anche più oltre nel vietar l'appello per le sentenze *in quibus solemnitas statutorum observata fuerit* (2). Anzitutto era vietato nelle cause sommarie dalle sentenze pronunciate in contumacia, in quelle di danni, eccetto che la lesione fosse grande (3), di negozi in fiera, di minimo valore dalle leggi fissato (4), nei debiti confessati o derivati da pubblico strumento, quindi non ammesso dalle sentenze pronunciate *visione scripturarum* (5), nelle cause possessorie (6), nei precetti di esecuzione (7). Parimenti era escluso

(1) In *Quellen zur Gesch. d. roem. kan. Prozess im MA*; TANCREDUS, IV, 3.

(2) Stat. dei laghi di Como e Lugano, sec. XIII, c. 111; Dervio e Corenno, 1389, c. 111, ed. ANDERLONI, 1913; Valsassina, 1388, c. 209; 1343, c. 43.

(3) Così BARTOLO, in l. ante sententiam, n. 4, Dig. de appell. recip., vol. VI, pag. 204.

(4) Const. patr. Foroiulii, r. 69; Pragm. sarde, ed. VICO, X, 5; Forlì, II, 51; Fiume, II, 19; Corsica, 13; Ritus M. Curiae, 116. In Piemonte negavasi l'appello per le cause di valore inferiore a 3 scudi: SOLA, pag. 408; Statuta Canavisii, ed. FROLA, Chivasso, 1449, II, 202; R. Costit., 1770, lib. III, tit. 25, § 7.

(5) Stat. di Parma, 1347, II, pag. 142; 1590, II, 78; Fiume, cit.

(6) Stat. di Milano, 1588, I, fogl. 32. Su ciò v. BARTOLO. ad l. 2 *de appel. recip.*: *sententia lata in momentanea possessione non appellatur, quia parit modicum praejudicium*. Diversamente per diritto canonico. Si poteva sempre appellare dal secondo decreto di immissione in tenuta.

(7) Stat. di Padova, an. 1420, ed. 1549, pag. 39; legge veneta 1553, in *Volumen*, 1606.

Digitized by Google

dalle condanne nelle spese, da quelle di sindacato e resa di conto a cui erano tenuti i pubblici ufficiali (1), nelle condanne fondate su notorio e confessione. Erano inappellabili le sentenze contro contumace, di figliazione, di alimenti, contro una causa pia (2), di retratto, ecc.: a Venezia i debitori del fisco non potevano appellare se prima non depositavano la somma (Ferro, I, 260): e in Sicilia era precluso l'appello nelle cause di chiese, vedove, pupilli, in quelle decise *per viam confessionis, iniunctionis* e in tutte le ipotecarie (3).

Nella dottrina si notano le solite contraddizioni. Mentre gli antichi proceduristi avevano precisati i casi di divieto ed erano pochi, Maranta li allargò a 46 (4), ma altri dicevano: *potest appellari super gallina, quia appellatio fundatur super iniustitia sententiae et iniquitate iudicis*: l'appello essere tale diritto che legge e consuetudine non possono sopprimere, doversi esercitare *in omni causa, ex omni gravamine*! Si intende per le definitive, come si intende l'appello confinato *super eo capitulo in quo est appellatum vel connexo non in alio* (5).

10. In quanto alle interlocutorie si riprodussero le questioni che si sono già esaminate a proposito della loro efficacia. Il diritto canonico le dichiarò senz'altro appellabili come le definitive. I commentatori alle fonti giustinianee vollero conciliare le conclusioni canoniche colle romane contrarie all'appello, e Bartolo lo escluse quando è possibile congiungere l'appello dalla interlocutoria con quello dalla definitiva (6). Anche Baldo vi pose

---

(1) Stat. di Savona, 1545, pag. 160.

(2) SURDUS, *De alimentis*, tit. VIII, priv. 60; SCACCIA, *De appell.*, qu. 17, lim. 7.

(3) Alphonsi, c. 115: *in causa oppositoria restitutiones ordinariae ex causa primae et secundae personis restituibilibus non conceduntur*. Cfr. c. 134 e 171. Una Pramm. del 1618 (tit. 53, vol. II, pag. 508) dà alcune norme sulle cause non appellabili e sono quelle della vedova passata a seconde nozze per l'usufrutto sul patrimonio del marito e dei figli, della dote di paraggio, dell'Università, ecc. Ancora inappellabili erano pel Rito siciliano, c. 139, le cause delle persone miserabili.

(4) VI, quandoque appell., n. 267-355.

(5) Gloss., v. iudicatis, l. 39, Cod. de appell., VII, 62; DURANTIS, II, 3, de appell., § 1, n. 13; P. DE FERRARIIS, *Forma sent. interloc.*, pag. 168; SCACCIA, *De appell.*, qu. 7; MUSCATELLUS, *Praxis*, p. II, gl. appellari.

(6) BARTOLUS, l. arbitrio, Dig. qui satisd. cog., vol. I, 62; l. ante sententiam, Dig. de appell. recip., vol. VI, pag. 204: non si può appellare da interlocutoria *nisi quando per appell. a definitiva non potest esse consultum vel nulla definitiva speratur* (così al n. 2 e 26).

Digitized by Google

limitazioni: lo disse odioso perchè deroga all'ordine giudiziario (1): quindi *regulariter non admittitur* (2) e se è ammesso ha carattere di *iudicium speciale* (3): poi non lo si possa presentare a voce ma in iscritto (4); e Bartolo volle che l'appellante esprimesse la causa e giustificasse l'appello *ex causis in ipsa interlocutoria insertis* (5), concetto questo tolto dal diritto canonico che ammetteva l'appello a condizione di *causa rationalis* da provarsi (6).

Le leggi oscillarono fra il divieto romano e il permesso canonico: dove si negò l'appello da ogni interlocutoria sopra questione emergente o incidentale (7), dove si dichiararono appellabili tutte senza distinzione (8). Altri statuti si attennero al criterio delle *vim definitivae habentes* con tutte le conseguenze proprie di queste (9): altri assunsero la misura arbitraria e pericolosa *se non ledono la questione principale* (10), o l'altra *si oriatur gravamen tale quod riparare per appellationem a definitiva non possit* (11). Perciò davanti a qualsiasi interlocutoria litiganti e giudici avevano a decidere sulla sua natura e le sue conseguenze; e intanto il giudizio andava sospeso, perchè al soccombente dovevansi accordare dieci giorni. Troviamo la seconda questione argomento di disputa nelle scuole: ogni litigante deve avere questo

(1) BALDUS, l. eos, § si quid, n. 3, Cod. de appell., vol. VIII, pag. 95.

(2) Id., l. arbitrio, n. 6, Dig. qui satisd. cogunt., vol.I, pag. 94.

(3) Id., l. quia, n. 9, Dig. de recept. arb., vol. I, pag. 249.

(4) Id., l. eos, cit., pag. 95.

(5) BARTOLUS, l. eius qui, Dig. de appell. recip., vol VI, pag. 205. Anche la sentenza deve scriversi. L'appellante da interlocutoria può presentare *novi articuli et novae probationes*: id., n. 8.

(6) c. 58, 59, 61, X, de appell., II, 28.

(7) Stat. di Valsassina, 1388, c. 209; 1343, c. 43.

(8) Stat. di Biella, 1348, ed. SELLA, r. 114; Santhià, 183; Stat. Canavisii, ed. FROLA: Balangero, 1391, I, 274; Chivasso, II, 194. Per es. la legislazione piemontese si informò ora all'uno ora all'altro principio: negli Stat. di Amedeo VIII, 1430 (Decreta ducum Sab., II, 162) prevale la norma canonica; negli Stat. di Carlo II, 1513, c. 10, la romana; negli Stat. del 1533 la canonica; nei nuovi Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 28, la romana (salvo non si potesse appellare dalla definitiva). L'antico St. di Como, 1216, r. 234, concede espressamente l'appello da interlocutoria.

(9) Stat. di Padova, 1236, II, 8; Piacenza, 1336, II, 7; Castro Arquate, 1445, II, 65; Firenze, 1415, II, 92; Trento, sec. XIV, c. 52; Brescia, 1313, II, 12, ed ODORICI; Orvieto, 1581, c. 50; Lago Maggiore, 185; Domodossola, 1425, c. 162.

(10) Stat. di Cividale, 1378, rub. 90; Prata, 72.

(11) Stat. di Brescello, 1697, II, 12; S. Marino, c. 98.

Digitized by Google

tempo? si distingue: *an interlocutoria talis est quod si ab ea appellaretur, iudex appellanti non deferret ut quia esset manifeste frustratoria appellatio, non debet expectare... Sin autem esset legitima, tunc debet* ecc. (1). Ma quale abuso si facesse dell'appello in tali casi ci è così narrato da Durante (II, 1, de except., § 4, n. 26): *Quidam novitii advocati, praepositis omnibus exceptionibus appellationem interponunt dicentes: si vero ipsas non admiseritis, ex hoc sentiens me gravari, in his scriptis appello.* Allora il giudice faccia giurare il proponente, esamini, accolga le eccezioni buone, respinga le frivole, sia punito per le buone non accolte, non tema della vana minaccia: *appello si non admittis,* poichè si appella da un'interlocutoria pronunciata, ma non condizionatamente, cioè se lo sarà. Cotesti avvocati pretendevano dunque appellare da ogni interlocutoria: però dopo il sec. XIV si restrinse a quelle *vim def. hab.*: e in tal senso fu la dottrina sabaudo-piemontese, la napoletana e siciliana e il diritto comune (2). Non mancano leggi di maggior larghezza: così a Parma e Piacenza nel sec. XVII si attribuì a tutte le interlocutorie forza di cosa giudicata, col solo rimedio della supplica al principe: *sed tantum posse recurri per supplicationem* (3); e in Sicilia il vicerè, convocati i *consiliarii iuristae* (che devono sempre vestire le toghe talari *more senatorum*) decideva del gravame o lo riservava nell'appello della definitiva (4).

L'appello da interlocutoria, oltre sospendere il giudizio di prima istanza, aveva importanti effetti: poichè il giudice *a quo*, concedendo gli apostoli, abdicava da sè alla giurisdizione, se ne era tratta la conseguenza, che il giudice superiore, pronunciando il *bene appellatum ab interloc.*, fosse investito di trattare e decidere tutta la causa: contro l'inferiore vi era ormai un sospetto, una volta era stato *malus iniuste aggravando, presumitur in futurum peior* (5). È chiaro che coll'espediente di appello da inter-

(1) Quaestio d. Garziae doctoris decretorum, an. 1281, in *Collectio scriptorum de processu canonico*, ed. C. Reatz, 1859, p. 66-69.

(2) Sola, pag. 473: *interlocutoriae gravamen non irreparabile continentes iure civili regulantur.* Per Napoli, Sorge, pag. 636; per Sicilia, Capit. Ferdinandi II, c. 45.

(3) Const. Parmae et Placentiae de modo procedendo in causis civilibus, 1594, pag. 14.

(4) Pragm. sic., 1618, tit. 53, pragm. 35: le interlocutorie late in cause feudali non siano appellabili *ex praeminentia M. R. Curiae.*

(5) Così De Ferrariis, form., app. ab. interloc., n. 5, pag. 173, il quale cita in appoggio il c. 5 in VI, de appell., II, 15; e Bartolo, l. 4, Dig., XLIX, 5.

Digitized by Google

locutoria raggiungevasi il risultato di mutar competenza, nè freno a ciò potevan essere le pene contro i *temere appellantes*, la perdita delle cauzioni e altre misure che dal diritto romano e canonico eran passate nelle leggi italiane (1). Da ciò il divieto fatto in alcuni statuti di appellare da interlocutoria prima che fosse pronunciata la definitiva (2).

11. L'appello, secondo le antiche leggi italiane, proponevasi a voce, *viva voce iudice sedente*, cioè prima che il giudice si allontanasse dal banco (3); e bastava dire: *appello a te, a tua sententia* (4). Poi tosto dovevasi porre in iscritto, secondo volevano le leggi canoniche (5). Quando temevasi del giudice *a quo*, nel senso che chiudesse le orecchie all'appello orale, potevasi appellare alla presenza di persone oneste (6), e presentandosi al giudice *ad quem* provavasi per testi l'appello espresso nei termini di legge (7). La pratica comune era che la parte o il procuratore appena pronunciata la sentenza, davanti al giudice *a quo* dicessero: *per verbum appello a sententia ad iudicem competentem*; oppure anche *reclamo, proclamo, quia me gravasti* senza esporre il gravame; *appello nisi revocas* (8). Se il giudice si era allontanato, era obbligatorio appello scritto, senza che fosse necessario leggerglielo, bastando deporlo nelle mani sue; ma lo scritto doveva essere *publico sigillo munitum* (9), producendo la sentenza e se non poteva *faciat capitula de tenore sententiae* perchè se la parte confessava, *satis est*; se negava il giudice d'appello accoglieva il gravame e impo-

(1) Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 6 e 7; 1430, in Decreta ducum Sab., II, 163.

(2) De Ferrariis, id., pag. 174.

(3) Pillius, p. III, § 17; Tancredus, IV, tit. 5; Gratia, p. III, tit. 3; Damasus, tit. 85; Baldus, *De iudiciis*, fogl. 204; Bartolus, l. cum procurator, Dig. de oper. nov. nunc., vol. V, pag. 17.

(4) Bartolus, l. ante sententiam, Dig. de appel. recip., vol. VI, pag. 204.

(5) c. cordi, 1, in VI, de appell., II, 15.

(6) Bartolus, l. a sententia, n. 5, Dig. de appell., vol. V, pag. 197: da chi appella *pro damno* il giudice prudente non chieda *quod exprimat nomine cuius*: l. 6, non tantum, id.

(7) Id., Baldus, in add. ad Durantis, II, 3, de appell., v. quando dicatur; Lanfranchus de Oriano, f. 105.

(8) Bartolus, l. litigatoribus, Cod. de appell., vol. VIII, pag. 197; l. eos qui, Dig. de appell., vol. VI, pag. 80.

(9) Starabba, *Consuet. e privilegi di Messina*, 1901, pag. 281; Genuardi, *Procedura civile in Sicilia*, pag. 81.

Digitized by Google

neva silenzio (1). La presentazione facevasi personalmente *in valvis palatii*.

Il sistema di appellare *viva voce* è confermato dagli statuti (2), come anche dalle Cons. siciliane (3); bastava dire: appello, senza allegare i motivi, oppure *quale quale praeiudicium* (4), e la consuetudine aveva anche legalizzata questa formola: *dico sententiam nullam, et si qua est, appello* (5).

Qualora il soccombente chiedesse termini a deliberare, dovevano decorrere pochi giorni; e così quando, detto di appellare a voce, gli spettava darne conferma scritta. Il termine romano era di 10 giorni; il *decedium appellationis* di Giustiniano (*Nov.*, 23, c. 1) era davanti agli occhi dei proceduristi, ed era pure seguìto dalle curie ecclesiastiche (c. 5, X, II, 27). Ad esso si attennero le Cons. di Palermo (16): e termini più brevi imposero altre consuet. siciliane (Messina, 42; Patti, 48) forse ossequenti a norme antigiustinianee (6). Non esitavasi però a prolungarli per diverse cause, fra cui l'assenza del giudice superiore. Il Rito alfonsino (183) accolse il termine di 10 giorni, al quale si attenne il posteriore diritto siculo. Nel Napolet. fece testo la cost. fridericiana (II, 48) dei 15 giorni, dal momento in cui si era detto di appellare, termine elevato a 45, quando si reclamava direttamente al re. Negli statuti si trovano termini da 8 a 30 giorni, scorsi i quali la sentenza

---

(1) BALDUS, in add. ad Durantis, II, de appell. ver. ille qui appellat; e in *Margarita*, cit., v. 39.

(2) Stat. di Piacenza, 1336, II, 4; Prata, 72; Portogruaro, ed. ZAMBONI, 1676, pag. 23; Vicenza, 1264, II, pag. 94; Piacenza, 1391, II, pag. 270; Parma, 1347, II, pag. 149; Verona, 1301, II, 114; Todi, 1275, II, 8, ed. CECI; Rimini, 1334, II, 17; Brescia, II, 214, *H. p. Mon.*, pag. 1776; DE FERRARIIS, form. appell., informa che al suo tempo nel Monferrato si appellava dalle interlocutorie *oretenus*.

(3) Consuet. di Palermo, 16; Messina, 12.

(4) BARTOLUS, l. sententia, Dig. de appell., vol. V, pag. 197.

(5) Id., f. si expressum, id. Su questa formola BARTOLO lungamente discute: prima chiede: se si appellò da sentenza che era nulla, ma che fu confermata, si potrà poi impugnarla per nullità? Varie opinioni si ebbero dalla Glossa in avanti: e così anche intorno alla suddetta formola. Si diceva da alcuni: *appellatio et nullitas sunt contraria* e quindi non potersi appellare da sentenza nulla. Bartolo ritenne che *nullitas et iniustitia in appellatione simul prosequi possint*. Cfr. BALDUS, ad l. sancimus, Cod. quo tempore miles; ad l. 1, Cod. de furtis; ad l. edita, Cod. de edendo; CYNUS ad l. 1, Cod. quando provoc.; DURANTIS, II, de sent., § iuxta, 1.

(6) l. 5, § 4, Dig., XLIX, 1; l. 1, § 11 e 12, Dig., XLV, 4.

Digitized by Google

passava in giudicato (1). Ma gli antichi proceduristi non conoscevano che il decedio (2).

12. Presentato l'appello al giudice *a quo*, questi, secondo il diritto romano, poteva *non recipere* (Dig., XLIX, 5; Cod., VII, 45); ammettendolo rilasciava le *litterae dimissoriae* o *apostoli* (l. 1, Dig., XLIX, 6), cioè la richiesta al giudice superiore, perchè esaminasse la causa, inviandogli la sentenza e tutti gli atti. Gli *apostoli* furono accolti nel diritto canonico che ne semplificò la forma, e obbligò il giudice inferiore a rilasciarli sempre, per riverenza al superiore, pur colle annotazioni dei motivi pei quali sarebbe contrario all'appello (c. 1, in VI, II, 15): e in questa maniera passarono nella pratica italiana. Il giudice doveva rilasciarli, dicono gli statuti, ed è punito se non lo faceva, e doveva spedire gli atti chiusi e sigillati assieme all'*exemplum opinionis*, cioè alle sue ragioni di merito sulla negata concessione degli apostoli. Il lombardo De Ferrariis ci informa che spesso *iudices malivoli* per non dare ascolto all'appellante si nascondevano (pag. 196); e allora non restava che recarsi dal superiore con testimoni, perchè la mancanza degli apostoli *non nocet* (insegnava Pillio, III, 17), e la protesta può anche presentarsi nell'aula del tribunale (3). Negandoli, il giudice di prima istanza poteva esporre, come si è detto, i motivi al superiore, e allora gli *apostoli* chiamavansi *refutatorii*, come erano *reverentiales* se concessi per rispetto al superiore, e *dimissorii* quelli senza osservazioni (4). Il fatto che l'appello era accolto anche senza apostoli, contribuì al loro abbandono (5).

---

(1) Stat. di Roma, ed. RE, II, 31: entro otto giorni; Vercelli, 1241, c. 178: entro 40 giorni; Verona, 1582, II, 151: entro un mese; Cremona, 1578, pag. 254: entro 25 giorni; in Sardegna per la Carta de logu: c. 80, entro 10 giorni. E brevi termini hanno gli Stat. del Canavese, ed. FROLA: Chivasso, 1449, II, 194, 197; San Giorgio, 1422, III, 274. A Brescia, II, 214, *H. p. Mon.*, pag. 1776, entro 6 giorni.

(2) Così PILLIUS, III, 17; TANCREDUS, III, 5 e 7. E BARTOLO, l. cit.

(3) Stat. di Amedeo VIII, c. 3, an. 1423, ed. BURAGGI. Su queste distinzioni v. HENRICUS DE SEGUSIO (Hostiensis), *Summa aurea*, II, de appell., rub. diversa genera apostolorum; IOAN. ANDREAE nelle aggiunte a Durante, IV, 2, de appell., § 2.

(4) *Summa minorum* di MAGISTER ARNULPHUS in *Quellen zur Gesch.* ecc. di WAHRMUND, I, pag. 47): *quia denegastis mihi apostolos, appello.* e ciò dice alla presenza di testi. Così TANCREDUS, IV, 5, § 10.

(5) DURANTIS, id., § 3, n. 15; MARANTA, VI, quandoque appellatur, n. 416; SCACCIA, *De appell.*, XIII, 3.

Digitized by Google

Intorno a questi giudici che negavano gli apostoli, dalle Costit. egidiane del 1357 (V, 6) apprendiamo con quali e quanti pretesti o soperchierie (*superioritates et preciosa iocalia*) gli inferiori si industriavano impedire la revisione delle loro sentenze: quali allegavano essere investiti delle prime appellazioni, o queste essere devolute direttamente al papa, o richiedersi parere favorevole di sapiente: quali ordinavano *quod nullus scribat appellaciones* e addirittura incarceravano l'appellante, i padri, i figli, il parentado, i lavoratori, gli inquilini, i procuratori, gli amici, ne sequestravano le robe, li minacciavano di pene finchè non rinunziavano agli appelli: altri procedevano all'esecuzione delle sentenze come se non fosse interposto appello, o iniziavano altre cause contro gli appellanti: *alii vero in personis vel pecunia seu rebus imponendo vel exigendo vel domos diruendo vel arbores devastando* o impedendo le culture: altri promettendo impunità, aiuto e premio a chi offendeva gli appellanti nelle persone e nelle cose; altri sottraendo carte e prove. Si dovè comminare severissime pene e stabilire che tali accuse contro giudici bastasse un teste a provare, che gli *attentati* fossero revocati, che gli appelli avessero corso, che l'appellato non comparente si ritenesse perdente.

La formola degli *apostoli* ce la dà Pillio (III, 17): *B. iudex suo amico iudici salutem. Noverit docta prudentia vestra L. a sententia quam tuli, appellasse. Quapropter eum ab observatione mei iudicii absolvens ad vos eundem cum his literis dimissoriis remitto.* E nella *Summa* del *magister Aegidius* così si esprime il giudice di prima istanza: *ab observatione mei iudicii absolvo et ad vos remitto: dati fuerunt dicti apostoli vel literae in praesentia talium* (1).

Mentre *ante dies denos appellet quisque gravatus*, come poetava Dino da Mugello (2), vi era tempo a provvedersi degli apostoli; per diritto comune erano 30 giorni (3), ma ogni regione aveva le sue regole particolari: a Napoli concedevansi 50 giorni (*Const. Sic.*, II, 48): e se dopo, anche consenziente la parte, *non valet*, diceva Andrea d'Isernia, *quia causa finita erat per disertionem*. Ma sembra che fosse uso chiederli due volte e fino a sei mesi o ad arbitrio

(1) c. 58, in *Quellen zur Gesch. d. roem. kan. Process in MA.*, I; *Formularium Martini de Fano*, c. 29, id.

(2) *Ordo iudiciarius*, an. 1290; *Quellen* ecc., I, pag. 6.

(3) MARANTA, VI, et quandoque appell., n. 219. Discutevasi se il termine decorreva dalla sentenza o dalla dichiarazione di volere appellare.

Digitized by Google

del giudice, secondo che si appellava a giudice o al principe. In Sicilia un cap. di Alfonso (183) disponeva: *appellans teneatur infra decem dies dare chartam et tertiam partem pecuniae debitam pro expeditione processuum*, e dopo altri 20 gli altri due terzi: e così decorsi 30 giorni solleciti il notaio perchè entro 50 giorni *processum perfectum et expeditum... valeat iudici appellationis praesentare*. I commentatori ritenevano che gli apostoli si dessero entro quei 30 giorni (1). Termini più brevi avevano lo Stat. di Roma (1590, I, 69) e le Costit. egidiane (VI, 9) di 5 e 6 giorni; e se ne rimettevano all'arbitrio del giudice alcune leggi municipali, come quelle di Piacenza (1336, II, 6), di Verona (1301, II, 115), di Novara (v. 66). Da tali diversi usi di foro risulta che non era necessario dichiarare l'appello e chiedere al giudice *a quo* gli apostoli al momento in cui la sentenza era pronunziata: anzi vi era tempo a riflettere; ed anche è da considerare la seguente disposizione dello Stat. di Modena (1327, III, 9, pag. 288): *et sufficiat apostollos petiisse cum instancia etiam si per iudicem dati non fuerint*. Dunque al sec. XIV anche senza apostoli era permesso presentarsi al giudice *ad quem*: bastava la volontà espressa di appellare, un atto qualsiasi pel quale *videtur non deserere appellationem* (2).

13. Non diversa era la procedura veneta di appello o *intromissione*, colla quale il giudice medio in via civile portava la sentenza dell'inferiore alla giudicatura di un superiore, oppure in via mista le querele ed in via criminale le sentenze di condanna. Il giudice medio si muoveva a richiesta dell'appellante che citava la parte avversaria, e poteva accogliere o no la domanda di intromissione presentatagli assieme al *lievo di sospensione*: non accogliendola l'appellante aveva ricorso ai Consigli. Poi le Quarantie accogliendo la *intromissione* dichiaravano se dovesse procedersi al *taglio per ordine, per merito* o per entrambi, o al *laudo*, spiegando tutti li capi di disordine: potevano o sospendere la sentenza, o decidere in merito *per via di pender* cioè assegnando il giorno destinato alla trattazione e decisione della causa. Qualora gli Auditori non

(1) CUMIA, *In Ritus M. R. C.*, c. 78, 1588, pag. 405.

(2) Stat. Canavisii, ed. FROLA: San Giorgio, 1422, III, 274; BARTOLO (ad l. quoniam, Cod. de appell., vol. VIII, pag. 81; l. 1, Dig. de libell. dimiss., vol. VI, pag. 206) riconosce essere al suo tempo consuetudine che bastava la volontà di chiedere gli apostoli senza alcun atto consecutivo.

Digitized by Google

riescissero a studiare il processo e a determinarsi a ordine o a merito entro il mese prescritto, prorogavano i termini colla formola: *ne iura partium pereant*. Al giudice di prima istanza era concesso difendere in persona la sua sentenza: e poichè quelli di terraferma non valevansi di tal facoltà e lasciavano che la giustizia seguisse il suo corso (*fiat ius*), furono istituiti i contraddittori, coll'incarico di difendere le sentenze fiscali e penali in grado di appello contro le proposte di *taglio* (1). Dai tribunali di terraferma la sentenza assieme alle carte e alle deduzioni delle parti era inviata in plico suggellato. Se le parti non erano di accordo sulla relazione del giudice, altra ne veniva presentata da un correttore o dal notaio che aveva assistito al processo (2). Una particolarità del diritto veneto era l'appello dalle sentenze non pronunciate nelle cause marittime: il che era vietato per diritto comune, dovendosi inserire nella formola dell'appello il contenuto della sentenza appellata. Ancora a Venezia la sentenza di appello era definitiva se tutti e tre i giudici concorressero alla medesima opinione: se due *laudassero* e uno *tagliasse* o viceversa, non si aveva sentenza, ma *disordine* da rimettersi al Collegio dei 12.

14. Al tempo in cui l'appello è presentato al Podestà, questi, dicevano gli Statuti, *consulat quos voluerit*, ma non i giudici di prima istanza, e in pochi giorni pronunzi *bene vel male appellatum* e la pronunzia *remittat in scriptis sub suo sigillo per partem appellatam Potestati a quo* (3). Il giudice *ad quem*, ricevuti gli *apostoli*, riconosciuto tutto regolare e giusto, spediva citazione colle solite formalità, e il giudizio rinnovavasi colla *litis cont.*, il *iur. cal.*, le cauzioni *de in iud. sist.*, per le spese, ecc. (4). Come si è gia detto, l'appello conteneva tre *fatali*, i quali *periment et vita privent* il rimedio: un termine di dieci giorni per presentarlo, di trenta per gli apostoli e di pochi giorni per finirlo: così per le leggi munici-

---

(1) FERRO, *Dizionario*, IV, 72; VI, pag. 289; ARGELATI, *Pratica del foro civile veneto*, 1737, pag. 77 e segg.

(2) Const. patriae Foroiulii, c. 69; Stat. di Pordenone, di Prata, c. 72: *si fuerit concordes de forma appellationis bene quidem, si autem consules examinent et corrigant sicut videbitur eis fuisse processum dictum et allegatum et ipsam appellationem clausam sub sigillo Potestas tradat parti appellanti*, ecc.

(3) Stat. di Prata, c. 72; Cremona, c. 460; Lugo, 1652, II, 70.

(4) Stat. di Cesena, 1582, I, 86-90; Constit. Parmae et Placentiae, 1619, rub. 10, § 2.

Digitized by Google

pali antiche (1). Ma invece durava un anno pel diritto comune, un triennio pel canonico: l'anno divenne il termine pel Rito napol. e siculo: il biennio per la Rota romana: ma il diritto canonico accordava anche la dilazione di un terzo anno: e così il triennio era ammesso senza contestazioni, e poichè si ammettevano domande di proroghe per impedimenti dell'appellante o *propter occupationes florentissimi ordinis* cioè dell'avvocato, così era comune il prosieguo della causa, malgrado le pene minacciate ai giudici, perchè questi facilmente rilasciavano il *procedatur ad ulteriora ad ea quae incombunt, opposita lapsus fatalium exceptione non obstante.*

Quante eccezioni per giustificare le proroghe! Se perfino si voleva appellare più di una volta! Lo dovè vietare l'antico Stat. di Modena (1327, III, 8, 52): *nulla debeat fieri appellatio nisi semel.* La gente ancora non si persuadeva che si dovessero una buona volta chiudere i processi: cosa giudicata chiudeva gli animi a speranza; e li apriva il fatto che i giudici ogni anno mutavano. Al sec. XVI il forense spirito di temporeggiare trovò aiuto nella dottrina colle questioni incidentali, emergenti, per es. dovevasi accordare proroga a quell'appellante al quale incombeva *transportare acta*, se oltre la sentenza occorreva presentare gli atti del processo (2). Non vi fu tesi per quanto stravagante che non fosse appoggiata: per es. l'appellante se temesse del giudice *ad quem*, potesse rivolgersi al giudice *a quo* (3), con sovvertimento di tutte le regole sui gradi giurisdizionali. E altra confusione nasceva pel fatto dei fori speciali e delle competenze privilegiate: se entrambi, vincitore e vinto, appellavano e l'uno fosse chierico e l'altro laico, allora nasceva conflitto di giurisdizione, perchè anche l'appellato poteva invocare il proprio foro personale (4).

---

(1) A Modena (1327, III, 8) l'appello doveva presentarsi entro 10 giorni, entro 60 contestarsi la lite, ed entro altri 60 pronunciarsi la sentenza. Così anche nel Frignano, 1337, III, 54. Entro 40 giorni la causa doveva finire secondo gli Stat. antichi di Piacenza, c. 43, ed. SOLMI, *Arch. stor. ital.*, 1916. Entro 3 mesi per le Cost. egidiane, VI, 7; Stat. di Ravenna, 1590, II, 2; Fiume, II, 16; Corsica, II, 15. Per i Nuovi Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 38, la causa in appello doveva decidersi entro 6 mesi: era multato l'appellante che disertava: cfr. SOLA, pag. 482. A Como (cons. 24) i termini erano lasciati all'arbitrio del giudice.

(2) GRATIANUS, *Disceptat. forenses*, c. 121, 958; MERLINUS, *Decis.*, 14, 127.

(3) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 13; SCACCIA, qu. 6; TUSCHIUS, *Conclus.*, lettera A, conclus. 350.

(4) SCACCIA, qu. 10; PACIUS IORDANUS, *Lucubrationes*, Padova, 1650, vol. III, de re iudiciali, lib. II, pag. 574.

Digitized by Google

15. L'appello doveva svolgersi col rito sommario, *sine libello et sine lit. cont.* (1): l'appellante era citato all'apertura degli apostoli contenenti gli atti e la sentenza (*Ritus M. R. C.*; 263), e secondo il diritto comune il giudice superiore riesaminava la controversia al punto in cui l'aveva posta la *lit. cont.* Se dopo aver fatto la *protestatio*, l'appellante non proseguiva per inopia, malattia, assenza di testi, l'appello non era perento. Vero è che contro di lui era la presunzione di avere *malam causam*: perciò il deposito del decimo della somma controversa (2) che andava al fisco in caso di rigetto dell'appello; perciò le multe se i motivi erano frivoli (3), perciò le cauzioni per le spese giudiziarie (4).

L'appellante che non era tenuto a dichiarare i motivi dell'appello quando impugnava la sentenza dal giudice *a quo* o quando presentava gli *apostoli*, poteva essere costretto a dichiararli dal giudice *ad quem*: *dic causam gravaminis* (Baldus, l. quoniam, Cod. de appell.). Quando l'appello doveva discutersi in sede diversa da quella della prima istanza, il procedimento ci è indicato dallo Stat. di Pola (ed. Benussi, II, 20): il rappresentante dell'autorità politica faceva leggere alle parti l'intero processo, poi scriverlo dal notaio, rileggerlo, tutto ciò a spese delle parti, poi sigillarlo, riporlo in luogo sicuro e spedirlo alla magistratura superiore: e per un anno si attendeva il responso: e tardando valeva la prima sentenza.

Come si ebbero regolari appelli, sussidiati da un apparato dottrinale, si presentò la questione se davanti al secondo giudice si potessero proporre domande e dedurre prove non presentate nel primo giudizio. Si interrogò il diritto romano, e si trovò che nelle fonti alla domanda se si potessero usare *novis assertionibus vel exceptionibus*, aveva dato una risposta inconcludente ammettendo

---

(1) Stat. di Modena, 1327, III, 8; Verona, 1301, III, 45; Mantova, 1303, II, 30, ed. D'Arco; Orvieto, 1324, II, 7, ed. Fumi; Brescia, II, 214, in *H. p. Mon.*, pag. 1776; Rimini, 1334, II, 18, pag. 54; Costit. egid., ed. Sella, VI, 16; Stat. di Amedeo VI, 1379; di Amedeo VIII, 1430, II, 163.

(2) Capit. Alphonsi, 182; Stat. di Padova, 1236, 529; Gemona, 17; Treviso, II, 47.

(3) Decreta ducum Sabaudiae, ed. 1586; di Emanuele Filiberto, pag. 130; di Carlo, pag. 133; Stat. di Spalato, 1214, c. 154.

(4) Stat. di Parma, 1347, II, pag. 149; Brescia, 1313, II, 214; Ferrara, 1264, II, 12, ed. Laderchi; Vicenza, 1264, II, pag. 94; Mirandola, 1386 pag. 67; Bologna, 1250, IV, 15, 17; Padova, n. 529; Vercelli, II, 178; Ravenna, II, 130; Rimini, 1334, II, 17.

Digitized by Google

quelle *quae non ad novum capitulum pertinent sed ex illis oriuntur et illis coniunctae sunt quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae*: e fra queste ultime prove aveva accolto le carte non presentate prima (1). La massima fu riprodotta integralmente da Azone e da Durante senza commenti (2): la Glossa aveva però dichiarato quella legge oscura e confusa, ed è perciò che la questione fu più largamente trattata presso i commentatori del sec. XIV. Il concetto fondamentale di essi era che nell'appello non si tratti *de cognoscendo sed de cognito* (3): perciò di riesaminare soltanto quello che si era presentato dalle parti in prima istanza. Perciò Bartolo aveva opinato che non potessero prodursi nuovi testi sopra gli stessi capitoli in cui erano già stati interrogati (4); e Baldo fa il caso di *actor qui non probabit in prima causa nisi per unum testem unde succubuit: non possit in secunda alium testem producere* (5); e altrove: *probationes habens in prima causa si sub spe appellationis futurae noluit eas producere, postea audiri non debet* (6). Per le nuove prove dunque la tendenza era contraria: in quanto alle nuove posizioni, la questione si complicava con quella del *mutare actionem renunciando instantiae primae litis*, che Baldo risolve in senso affermativo. Intanto che cosa si doveva intendere per *novum capitulum*? Alcuni avevano inteso tutto quanto *non respicit actionem propositam*: altri la sola novità della domanda, e più che esprimere concetti generali, la dottrina si rifugiava nella casistica e negli esempi, dei quali il più frequentemente invocato era quello di Azone: *primo petebam bovem nunc peto equum vel asinum* (7), e ciò era vietato.

A complicare la difficoltà era venuta la Decret. 17 *fraternitatis* (X, II, 20) bene esplicita ammettente di ricevere in appello *novos testes* e *per receptos comprobare super novis capitulis*, seguìta dalla equivoca *Clem.*, 2, II, 8, dichiarante: *testibus rite receptis non licet super eisdem alios testes producere* anche in causa di ap-

(1) l. per hanc, Cod. de tempor. appell., VII, 63.

(2) Azo, *Summa in lib. VII Cod. de tempor. et reparat. appell.*, 1584, pag. 781.

(3) Baldus, l. 2, n. 3, Cod. quorum appell., vol. VIII, pag. 109.

(4) l. per hanc, Cod. de appell., vol. VIII, pag. 84.

(5) l. eos, § si quid, Cod. de appell., vol. VIII, pag. 93.

(6) l. per hanc, cit.

(7) Gloss., l. 4, Cod. VII, 63; Odofredus, ad h. l.; Durantis, I, 4, de testibus, 8, § satis utiliter.

Digitized by Google

pello..., *cum subornatio sit timenda.* Per conciliare, questa fu intesa così: rese pubbliche le deposizioni dei testi in appello, non sia lecito produrre altre *super eisdem etiam novis* (1). A questo punto la dottrina impresse altra direzione a tutta la materia dell'appello, e ruppe gli indugi che fino allora l'avevan trattenuta. L'appello fu riguardato come nuovo giudizio nel quale si dovevano ammettere non solo nuove prove ma anche nuove posizioni dando alle parti termini *ad non posita ponendum et non probata probandum*: e questo fu il *ius* o *beneficium novorum*: e al sec. XVII era pacifico che appellante e appellato avessero termini *ad iustificandum, opponendum, probandum*: e che in ogni momento potessero *non probata probare, non deducta deducere* (2).

Nella legislazione italiana si ripercossero le incertezze che furono nella dottrina: nell'Italia meridionale fece testo la Cost. fridericiana (II, 52: *de probationibus in appellationibus producendis*), così concepita: *si nulli testes fuerint in causa principali producti, ita demum in appellationum iudiciis eos appellanti producere liceat, si is qui terminum ad probandum in principali causa receperit iusta ex causa impeditum se doceat, propter quam speratos testes producere nequisset. Alioquin ad probandum denuo nullatenus admittetur.* La limitazione all'impedimento introduceva un elemento importante, specialmente perchè era così l'ammissione o meno del teste rimessa all'arbitrio del giudice o meglio all'equità *quam iudex semper debet habere prae oculis*, come dicono i commentatori che anche più oltre andavano *circa prius petita* (3). Nell'alta Italia parimenti non vi fu concordia, e non pochi statuti negarono la presentazione di nuove prove (4), mentre altri stabilirono delle differenze fra testimoni e documenti, quelli ammessi a Pisa (1281, ed. Bonaini, II, pag. 978) e a Padova (1528,

(1) La Gloss. ad c. 2, Clem., II, 8, avverte una differenza di opinioni fra i legisti che ammettono il *ius novorum* (Azone, Accursio, Tancredo, Giov. di Andrea) e i canonisti che lo negano; mentre la Gloss. ad c. 17, X, II, 20, ne trova la conciliazione.

(2) M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, 1916.

(3) Così Andrea d'Isernia al detto capitolo: egli avverte che nel regno pei viventi a legge longob. *quo statur commemorationi iudicis* era lecito produrre documenti sempre non ostante il conchiuso in causa. E sui *nova petita* egli aderisce alla tesi larga dei canonisti.

(4) Stat. di Vicenza, 1264, ed. LAMPERTICO, pag. 94; Piacenza, 1336, II, 5, ed. POLLASTRELLI; Velletri, 1477, ed. 1752, II, c. 8.

Digitized by Google

r. 7); e anche limitatamente al caso che *nova emergerit quaestio* (Piacenza, 1391, II, 5): mentre Ferrara (1566, II, 57) escludeva i testi ed ammetteva i soli strumenti ritrovati dopo che era pronunciata la prima sentenza. Così erano anche Roma (c. 56, ed. Re: 1580, c. 183) e Lucca (V, 18) che escludevano i testi e invece *possint nova instrumenta produci*. E qualora si trattasse di asserzioni, la regola prevalente era di ammettere quelle *quae non ad novum capitulum pertinent* (1). A Biella non potevansi produrre nuove prove, salvo il caso di dilapidazione dei frutti o quando trattavasi di obbligazioni a carico dell'erede (1348, ed. Sella, II, 4, 180, 185).

16. Nell'Italia meridionale la materia fu disciplinata dalla Pramm. 30 *de offic. S. R. Cons.* di Ferdinando I, an. 1450, e dalla Pramm. 12 *de ordine iudic.*, an. 1477, colle quali si vietavano gli *impertinentes articulos positionibus primae causae de directo adversos vel idem continentes... unde nascitur subornationis et falsitatis materia... nisi in casibus in quibus beneficiis concessa forent.* In Piemonte pei decreti di Carlo Emanuele I (1582, III, 38) furono proscritte le nuove prove e specialmente le scritture *salvo non si fossero trovate di nuovo.* Negli stessi sensi disponeva il diritto veneto (2). Le leggi posteriori al 500 escludevano le domande nuove (Vigevano, 1608; Vicenza, 1616; Bergamo, 1717; Brescia, ecc.), ma autorizzavano la deduzione di nuove prove ed eccezioni e riconoscevano al giudice piena facoltà di supplire *ad indagandam veritatem* (3). Gli avvocati potevano presentare nuove allegazioni, e le parti sollecitare consigli di sapienti, anche se questi avessero risposto nel primo giudizio. Le ultime redazioni degli Statuti di Reggio e di Modena (II, 11) sanciscono l'ammissione in appello di *omne genus probationum.* Aveva così trionfato la tesi che si trattasse di un giudizio nuovo da svolgersi con pienezza di diritto da parte dell'appellato e appellante, colla conseguenza della nessuna osservanza dei *fatali* e della eternità delle liti in seconda istanza.

Ma quali erano le prove impertinenti? Qui ebbe la casistica

(1) Stat. di Brescia, 1465, pag. 16; Ferrara, 1566, II, 67; Decreti di Carlo Emanuele I, 1582, III, 38.

(2) Così le *Pratiche del foro veneto* di PRIORE, ARGELATI, pag. 80.

(3) Stat. di Firenze, 1415, II, 98; Genova, 1404, col. 812; Reggio, 1515, II, 30; Gubbio, 1685, II, 6.

Digitized by Google

il terreno per le sue giostre: ed ecco le distinzioni di *articuli impertinentes praesumptive, directe, indirecte*: poi vi erano quelle parole: *nisi in casibus*, ecc., e allora le donne, i minori, le chiese, i collegi, le cause matrimoniali, privilegiate, criminali dovevano godere il *beneficium nondum deducta deducendi*, ecc. E finiva che tutte le prove erano pertinenti (1). Ecco perchè Maranta per Napoli, Cumia per la Sicilia, Scaccia per le altre regioni avevano detto: in appello *non deducta deducuntur, non probata probantur* (2), e in tal senso erano il diritto comune e la dottrina fino dal sec. XVI. Si comprende come con tali precedenti i codici del sec. XVIII abbiano sancito espressamente detta massima. Così fecero le Costit. piemont. del 1770 (III, 26) ammettendo senza eccezione le scritture ritrovate dopo la sentenza e qualunque altra prova sopravvenuta: e poi così fu disposto dalla legislazione posteriore (Cod. parm., 1820, sardo, 1854, ital., 1865) non però dal Cod. estense, 1852.

18. Le conseguenze dell'appello erano la sospensione degli effetti inerenti alla prima sentenza e il divieto di alterare l'oggetto controverso. Su questo punto la dottrina aveva molto discusso, costruendo la teoria della *inhibitio* e degli *attentata et innovata*, sui quali il giurista perugino Roberto Lancellotti scrisse un'opera che fece testo nelle scuole e nei tribunali ed ebbe 5 ed. e fu accolta nei *Tract. univ. iuris* (vol. V) (3).

Il giudice superiore, ricevuti gli *apostoli* comprovanti l'appello, inviava ordine (*inhibitio*) al giudice *a quo* di sospendere la prosecuzione del giudizio e gli atti di esecuzione. Tutto allora restava sospeso, come era *tempore emissae appellationis*, e agli appellanti non correvano i termini ordinati *per statuta ad solvendum* (Ritus R. C., 146; Cost. egid., VI, 20). A Venezia si diceva: *gli atti posteriori devono riverire gli anteriori*: *ordine in forma* o constituto *nil transeat*, che durava finchè non era esaurito l'appello o l'intromissione (Correr-Trevisan, 1553). Tutto era sospeso in attesa

(1) Si è già detto che Andrea d'Isernia era favorevole ad ammettere in appello anche nuove domande dipendenti dalle prime. In questo senso fu la dottrina napolet.; M. DE AFFLICTIS, *Decis.*, 266; CAPYCIUS, *Decis.*, 157, sul principio *nihil est actum cum quid superest.*

(2) MARANTA, VI, actu 6, n. 22; CUMIA, *Ritus*, 39, pag. 228; SCACCIA, *De appellat.*, qu. 11, art. 3.

(3) *De attentatis et innovatis lite et appellat. pendente*: Roma, 1576, 1581; Ven., 1573; Colonia, 1653; Francof., 1599. Ed inoltre MANDOSIUS, *De inibitionibus*, nei *Tract. un. iuris*, t. V; HERCULANUS, *De attentatis*, id.

Digitized by Google

della seconda sentenza, che poteva anche disporre *ultra petita*, che intanto nemmeno era definitiva, accordandosi in alcuni luoghi (Verona, 1582, II, 147) al perdente ulteriore ricorso allo stesso tribunale però coll'aggiunta di nuovo consigliere.

Solo lentamente arrivò la pratica a stabilire quando il giudizio dovesse una buona volta chiudersi e avere una sentenza definitiva. Al sec. XIV l'appello era ripetibile più volte, sempre collo stesso rito ma con termini abbreviati, e si andava fino a 4 appelli e 5 sentenze: e divenne regola occorrere tre sentenze conformi per aversi *res iudicata*, cioè chiudersi gli appelli dopo la terza conforme (1). Ciò era più logico di quanto aveva sostenuto Durante: bastare due conformi con quattro appelli (2); e poichè ognuna delle parti poteva avere due favorevoli, egli sosteneva valesse la più antica. Dottrina e pratica seguirono invece la legge canonica (c. 65, X, II, 28) che voleva una quinta sentenza, e così dopo tre conformi si disse la lite finita. Venezia, nemica delle liti eterne, non ammise che un appello: accordò il *nuovo dedotto* al soccombente in appello, cioè dopo lo *spazzo di laudo*, quando fosse in grado di presentar nuovi titoli giustificanti un probabile *taglio* della sentenza: e del nuovo dedotto giudicava il magistrato di prima istanza (Correz. Erizzo, 1639). E poteva anche il giudice di appello non sentenziare, ma rinviare la causa al primo giudice coll'ordine *partibus in pristinum revertantur*, e tal beneficio aveva nome di *pristino* (id., 1632, 1667).

Laddove l'appello era negato, eranvi, però in casi determinati, come si dirà, i rimedi della *restitutio in integrum* conforme al diritto romano, della *allegatio nullitatis*, della *supplicatio*, e contro il giudice la *querela in syndicatu* solo nel caso di dolo, di baratteria (3).

---

(1) Alle tre conformi si attiene la legislazione piemontese; v. Editto di Filippo I, 1503, in Decreta ducum Sabaudiae, ed. 1586, pag. 126, e SOLA, pag. 48. E pel 1° e 2° appello v. Costit. piemont., 1770, lib. III, tit. XXVI, art. 13.

(2) DURANTIS, II, de appell., v. quotiens: *Si appellavero... et iudex sententiam confirmat possum secundo appellare a confirmatione sententiae. Sed si haec confirmatio confirmetur non possum amplius appellare. Si infirmetur, poteris appellare, quia hoc non est tertia appellatio sed prima quoad te: et si iudex infirmationem infirmet, poteris secundo appellare.* Così quattro appelli. Nello stesso senso le Costit. egidiane, VI, 11; Stat. S. Marino, 99.

(3) SCACCIA, qu. 19; RIDOLPHINUS, p. III, c. 5; MENOCHIUS, *Tract. de arbitr. iudic. quaest.*, lib. I, qu. 50.

Digitized by Google

Residuo di antichi usi, avversati però dal diritto canonico (1), si ebbe l'appello da sentenza futura, nel civile e si vedrà anche nel criminale, quindi naturalmente senza espressione di causa: era detto *provocatio ad causam* o *a futuro gravamine*. Ne parla anche Bartolo ma per condannarlo (2). Era però in uso nel diritto napoletano e nel veneto (3). Uno dei litiganti o entrambi, prima che il giudice sentenziasse, dichiarava di riservarsi l'appello *a sententia ferenda*: esso era diverso dall'appello extragiudiziale che si riferiva a un gravame nel caso che si temesse possibile futura molestia.

19. Dopo il sec. XVI si introdussero alcune innovazioni in questa materia. Se è ancora ricordato l'appello orale, *incontinenti tempore sententiae*, al giudice *a quo* prima che abbandoni l'aula (4), leggi e pratica furono decisamente per l'appello scritto. La richiesta degli *apostoli* fu abolita laddove l'appello era direttamente presentato al tribunale superiore (5), ma indirettamente era conservata laddove al giudice *a quo* spettava ammettere l'appello (6). La pratica sarda più ligia alle tradizioni dichiarava gli apostoli *de substantia*, e solo dopo duplice richiesta non esaudita poteva agirsi *sine apostolis* (7). L'appellante nel primo caso presentava la sentenza appellata e gli atti del giudizio al giudice *ad quem*: nel secondo questi li richiedeva di ufficio. Altrove gli apostoli mutarono nome e si dissero lettere di appello, delle quali parlano gli Editti piemontesi di Vittorio Amedeo I del 1632, e

(1) TANCREDUS, II, 6: *Secundum antiquos canones indistincte poterat appellari tam ante sententiam quam post sententiam et etiam in sententiae prolatione. Secundum nova iura quae antiquos canones corrigunt, non potest ante sententiam appellari.* Così nel Conc. di Laterano, c. 3, X, de appell., II, 12; e TANCREDI, IV, 5, § 14.

(2) Ad l. 2, Cod. de epis. audientia, vol. VII, pag. 39: *appellare non licet ante sententiam.* E alla l. 1, § quaesitum, Dig. de appell., vol. V, pag. 194: *a gravamine quod infertur ante sententiam quod poterit per appellationem a definitiva reparari non appellatur.*

(3) MARANTA, p. IV, dist. 6, n. 27; p. VI, quando appellatur, n. 179, pag. 123, 509. Pel diritto veneto: FERRO, *Dizion. del dir. com. e veneto*, I, 260.

(4) SCACCIA, *De appell.*, qu. 4; RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 13, n. 3, 132, 256.

(5) Stat. di Gubbio, II, 9; Bologna, 1515, foglio 45; SCACCIA, qu. 12; GRATIANUS, *Discept. forenses*, 40.

(6) Costit. estensi, 1771, I, tit. 27, 3.

(7) Pramm. XI, 2, § 13, in DE VICO, *Leyes y pragmat. reales de Sardena*, 1680.

Digitized by Google

lo stesso nome figura nelle Costit. piemontesi del 1770 (lib. III, titolo XXVI, art. 5); invece a Napoli al sec. XVIII erano andati in disuso e gli appellanti stessi portavano gli atti in appello, e anche era caduta l'altra pratica voluta dal Rito 260, di citare l'avversario all'apertura degli atti davanti al tribunale superiore (1). Però un dispaccio del 1743 mostra che ancora era in uso invitare il giudice *a quo* di fare una relazione, il che dicevasi *verbum faciat* (2).

Durante il 700 la materia dell'appello si era aggrovigliata per tutto quello che di complicato proveniva dal passato, per l'intrecciarsi delle tante competenze, pel disordine nelle gerarchie, per le prerogative inerenti alle persone, alle sentenze e alle cause. Specialmente l'Italia meridionale ne era la più travagliata per l'esistenza delle curie feudali e per la molteplicità delle giurisdizioni. In alcuni territori vi erano tre gradi di giudici e dall'uno si appellava al superiore e da questo al terzo (3). Nelle demaniali o regie si doveva appellare alle regie udienze provinciali o alla M. Curia di Vicaria in virtù del Rito 52 e 62 o, secondo il valore, al S. R. Consiglio (4): e invece la pratica aveva alterato le competenze. La R. Camera era il tribunale di appello dai giudicati della Dogana delle pecore di Puglia, dei razionali delle Università. Quelli dei Consoli dei Catalani, Genovesi, Fiorentini erano esaminati al S. Consiglio: quelli dell'Arte della seta erano trattati presso la Vicaria se riferentisi a cause criminali, e al S. Consiglio se a civili, ed è inutile proseguire in questa indagine. E a completare la materia venivano le facoltà concesse alle magistrature superiori *in base alla pratica che dà la vera intelligenza delle leggi e interpreta li statuti altrimente di quello che parlano, per cui tutto potevano variare non essendo all'osservanza delle leggi obbligati se non quando li pare* (5), e ciò per i termini, per le eccezioni dilatorie da ammettersi o respingersi; e ancora era permesso l'appello *per saltum*, cioè non *gradatim*, l'*insufflatio spiritus*, ecc. E così parve gran progresso la Pramm. del 1738 che deferì alle sole R. Udienze provinciali gli appelli e vietò ai tribunali di Napoli immischiarsi in essi ed avocare gli atti *pro recognitione gravaminum* (6).

---

(1) BORELLUS, *Decisiones*, 33; DE ROSA, *Praxis*, II, pag. 90.

(2) Reali dispacci, 5 ottobre 1743, ed. GATTA.

(3) MARANTA, VI, act. 2, n. 379; SCIALOYA, *De foro compet.*, c. 51.

(4) Nelle civili inferiori a 25 oncie: Pragm. 3 e 4, de offic. S. R. Consil.

(5) ALOI nelle aggiunte a DE ROSA, *Praxis civ.*, II, pag. 104.

(6) Pragm. 18, § 1 e 2, de ordin. et form. iudic. di Carlo III: l'appello si muove ai tribunali superiori *tam quoad actum devolutivum quam suspensivum*.

Digitized by Google

Il Piemonte non aveva tante magistrature quanto il Napoletano: tuttavia ad eliminare gli inconvenienti dipendenti dal fatto che tutte le superiori potevano essere investite dell'appello, dispose che l'appellante entro dieci giorni dichiarasse quale eleggeva. Qualche riforma fu però compiuta: per es. furono ridotti i casi di appello; restò vietato nei giudizi possessori, esecutivi, nelle cause di salari, alimenti, gabelle, nei decreti di apertura di testamento, da sentenze pronunciate in virtù di testamento, confessione, strumento notarile o su causa commessa alla coscienza del giudice: fu accordato un solo appello nelle cause commerciali e in quelle di piccolo valore: e laddove per queste era ammesso, il secondo giudice non doveva istruire la causa, ma sentenziare *via gravaminis*, cioè *visis actibus* senza ammettere nuove prove. Non fu accordato dalle sentenze dei senati, del R. Consiglio napoletano e dai tribunali supremi di Toscana, Modena, Parma, ecc., nè dalla Rota romana, nè dai delegati del principe. Ma nelle leggi del sec. XVIII l'appello fu ammesso da tutte le sentenze definitive e interlocutorie pei quali si inferiva gravame irreparabile e dalle assolutorie *ab observatione iudicii* o *hactenus deductis* (1), e non fu più fatta eccezione per causa alcuna (2).

Furono ripetute le prescrizioni per abbreviare i termini, per obbligare i giudici a sentenziare rapidamente senza accordare dilazioni, escludendo perfino la presentazione di nuovi testi (3). Per l'appellante il termine dell'istanza era fissato dal giudice *a quo* nell'atto di rilasciare gli apostoli (4): l'appellato poteva anticiparlo, citando l'appellante come, scorso il termine, poteva far dichiarare abbandonato l'appello. All'appellante restava il diritto di reiterarlo pagando le spese. I termini erano dimidiati in confronto di quelli della prima istanza (5). Gli incidenti erano ri-

(1) Costit. estensi, cit.; Stat. di Corsica, 13.

(2) Id.; Costit. piemont., 1770, III, 26; Stat. di Bologna, 1737, II, 172; Casalmaggiore, 1717, pag. 148; Brescello, 1697, II, 12; Belluno, 1747, II, 122.

(3) Stat. di Lucca, 1539, V, 17; Costit. piemont., 1770, cit.; Legge toscana del 1541, 1771, in CANTINI, vol. I, pag. 198, 205; XXX, pag. 33: decidere entro 6 mesi; i dubbi scritti siano brevi e ristretti e senza soverchie allegazioni. L'appello in Toscana era vietato nelle cause di poco valore, id., XIX, pag. 203, an. 1681.

(4) Stat. di Bologna, 1737, II, 35; Casalmaggiore, 1717, pag. 148.

(5) Stat. di Belluno, 1747, II, 122; Brescello, 1697, II, 14; Brescia, 1722, c. 30; Stat. di Amedeo VIII, 1430, II, 163.

Digitized by Google

solti con un rito sommario. Entro un anno, e nella curia romana entro due, la causa doveva finire intendendosi abbandono di appello se entro questo periodo nulla si fosse fatto: ma subito si elencavano dieci o più casi in cui questa decadenza non verificavasi (1), e per equità Napoli concedevasi una revisione della causa sugli stessi atti senza nuovi termini a provare (2). L'appello sospendeva la sentenza appellata per breve tempo (2 mesi a Venezia prorogabili a 4). Le due o tre conformi, secondo le diverse leggi, facevano *res iudicata* (3). Pene pecuniarie colpivano l'appellante respinto se i suoi gravami erano inesistenti o calunniosi (4). Esaurito l'appello, nessuna autorità poteva *rivocare* o *rescindere, giugnere o diminuire* la sentenza pronunciata (5).

Si era certamente migliorato, ma ancor restavano, alla fine del sec. XVIII, stranezze e difetti, che così mette in rilievo Barbacovi (*Progetto*, II, 28): il nessun obbligo dell'appellante da una sentenza definitiva di addurre alcun motivo: validità riconosciuta al libello appellativo null'altro contenente che la parola: appello dalla sentenza. Quanto al giuramento di calunnia ripetuto, si sa che era prestato nelle mani del cancelliere senza annettervi importanza e senza conseguenze: « lo si prendeva colla stessa indifferenza con cui si prende dalla di lui scatola di tabacco ». Le cauzioni per le spese erano altra vanissima formalità, poichè si presentavano in mallevadori poverissimi individui, ciò facendosi per soddisfare la lettera della legge eludendone lo spirito.

Sulla *conformità* delle sentenze la dottrina aveva indicato criteri a cui si attennero i tribunali, ed erano che la conformità si desume dalla sostanza e dagli effetti, non dalle parole, quindi dallo stesso fine, anche se le ragioni o la motivazione siano diverse, anche se pronunciate fra persone diverse, purchè congiunte nella cosa; anche se fu chiesta cosa diversa, purchè l'appellazione abbia per fondamento lo stesso diritto e la stessa causa; anche se una sentenza sia nel petitorio e l'altra nel possessorio, perchè quello

(1) SCACCIA, op. cit., qu. 12; Legge toscana, CANTINI, XXX, pag. 40.

(2) DE AFFLICTIS, *Decis. r. Cons. neapol.*, 29; SANFELICIS, *Decis.*, 91-93.

(3) Decreta legationis Urbini, 1696, pag. 232; Stat. di Gubbio, 1685, III, 11; Pragm. nap., 5, de offic. S. R. Consil.; Pragm. 20, de ord. iudic., 1759; Costit. piem., 1770, III, 27; Codice di Carlo Felice, art. 1386; Costit. estensi, I, tit. 27; Stat. di Corsica, 16; Carta de logu, 78; CANTINI, XXX, 23.

(4) Decreta legat. Urbini, an. 1621, ed. cit., pag. 24.

(5) Stat. di Corsica, 17.

Digitized by Google

contiene questo. Difformi erano le sentenze pronunciate su articoli diversi e mutate azioni; se l'una sia definitiva e l'altra interlocutoria, se l'una riguardi i meriti della causa e l'altra il processo; se l'una sia data dall'osservanza del giudizio, l'altra dall'osservanza della causa. Tale era la *Theorica Ruini*, dal nome del giurista reggiano (m. 1530) che l'aveva formulata (1).

Questa esposizione storica insegna come molte disposizioni del Cod. ital. del 1865 e dei precedenti discendano da leggi degli antichi Stati ed abbiano il suffragio di secolare esperienza: tali sono le norme relative alle sentenze inappellabili, alla deduzione di altre e nuove prove, all'adesione nell'appello, all'intervento in causa di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo. Anche le formalità seguite nel sec. XIX non erano una novità, perchè, dopo la scomparsa degli *apostoli*, la pratica dei tribunali aveva semplificato e reso più razionale il rito.

§ 2. *La querela per nullità.*

20. Nei reclami presentati alle magistrature di appello era facile avvertire che vi erano sentenze regolari nella forma ma ingiuste nel contenuto, e altre talmente viziate nella forma da doversi considerare come inesistenti; anzi la logica più elementare aveva indotto gli uomini delle stesse epoche barbare a ritener nullo quell'atto che pur avendo la parvenza di sentenza era emanato da chi non aveva potestà o lo era in luogo e tempo vietato o coll'ignoranza della parte soccombente nemmeno citata. In Italia vi era la tradizione romana (2) che nei ristretti cerchi dei *iurisperiti* e dei *causidici* aveva mantenuta chiara la nozione di errori talmente gravi capaci di escludere indefinitivamente e incondizionatamente l'efficacia della sentenza, errori che il soccombente poteva opporre senza bisogno di speciali rimedi; cosicchè quando si posero in iscritto le prime consuetudini cittadine, cioè nella prima metà del sec. XII, fu facile parlare di appelli e di nullità, come di due cose diverse, sebbene da sottoporsi agli stessi magistrati. Non poteva essere per effetto della scuola di Bologna, bensì per influsso di locuzioni usate in scuole prebolognesi, se

(1) FIERLI, *Celebriores doctorum theoricae*, Roma, 1840, pag. 134.

(2) Dig. XLIX, 8, quae sententiae sine appellatione rescindantur. Cod. VII, 67, quando provocare non est necesse.

Digitized by Google

Genova nel 1143 e Pisa nel 1164, in quel suo *Breve* che probabilmente si ricongiunge al *laudamentum* del 1090, consideravano delle sentenze che *valere non debent*, come si esprimeva il diritto romano.

Se l'intuito giuridico suggeriva la nozione della nullità, spettava alla dottrina precisare quali errori portavano a tale risultato, quali erano sanabili e quali no e come si doveva procedere: qui sta la vera parte creativa delle nostre scuole; perchè, ripetiamo, se è ovvio che sempre siansi avute sentenze nulle e che le nullità siansi dai tribunali constatate, l'importante era elaborarvi attorno un complesso di regole, e queste, che nessun addentellato presentano colle germaniche, germogliarono lentamente nelle scuole italiane (1).

In ogni procedimento la presunzione è che tutto siasi compiuto regolarmente: lo diceva il c. 23, X, *de elect.*, I, 6: *pro his quae a iudice sunt acta, praesumitur quod omnia rite fuerint celebrata*: presunzione che cade quando si scoprono errori nell'applicare la legge o vizi per formalità non osservate, e che possono essere rilevati *incidenter* o in rimedio di difesa contro l'*actio iudicati*, per far dichiarare *iudicium nullum, nullius momenti*. I giuristi italiani non trovavano nel diritto romano chiaramente distinti i casi in cui il giudice dovesse dire: *iudicatum sit nec ne* per la sua inesistenza giuridica, da quelli in cui era possibile una revisione da parte degli organi superiori, cioè l'appello: anzi l'appello restava il rimedio più comune (2). Ciò va notato per mettere in rilievo l'opera dei giuristi italiani, che di buon'ora intuirono una differenza nei vizi, a cui doveva seguire una differenza nel procedimento, e dissero che vi erano errori che con tanta gravità pesavano sul giudicato da indurne la nullità, cioè gli *errores in procedendo*, se reclamata dalla parte: mentre altri ve ne erano suscettibili di correzione in grado di revisione e di appello. E allora mentre di questo precisavano la funzione, crearono per gli altri difetti un altro rimedio, da esercitarsi o *principaliter*, *per principalem petitionem* oppure *per exceptionem* allo scopo di

(1) Volle lo SKELD (*Die Nichtigkeitsbeschwerde in geschichtliche Entwickelung*, 1886) collegare la *q. null.* al diritto germanico, e specialmente a quello che risulta dalla pratica pavese; ma poichè in questa l'influenza romana è tanto riconoscibile, siamo sempre nel campo del diritto romano.

(2) La l. 19, Dig., XLIX, 1, rimette all'appello la sentenza proferita *non iure*; la l. 1, § 1 e 2; la l. 3, § 1, Dig., XLIX, 8, sono in altro senso.

Digitized by Google

far dichiarare la sentenza *nulla, non valet, rescindi debet* (1), rimedio che poi ebbe il nome di *allegatio* o *querela nullitatis*, basata cumulativamente sul principio della verità formale della sentenza (2) e sulla distinzione fra nullità e ingiustizia del giudicato: querela che si cominciò coll'esperimentare accanto all'appello stesso, cioè alla *querela iniquitatis*, che era diretta ad ottenere una sentenza immune da errori di diritto (3).

21. Ciò, in vero, era conforme al diritto positivo del tempo; in quanto la più antica legislazione statutaria, pur distinguendo fra sentenza iniqua e nulla, ne deferiva l'esame allo stesso giudice di appello. Si parla di giudice iniquo, contro il quale si appella da sentenza ritenuta ingiusta e pel processo nel quale non si sono osservate le formalità sostanziali. Si eccepisce il giudicato cogli stessi mezzi procedurali, e se il giudice del reclamo lo accoglie, si hanno le stesse conseguenze. In tal senso sono le leggi pisane, le genovesi, le bresciane del secolo XII (4), le pistoiesi del XIII (5), che ammettono l'appello per l'uno e l'altro motivo assieme, e così ancora si continua dopo il sec. XIII ove gli statuti associano sotto le stesse rubriche e cogli stessi effetti procedurali la iniquità e la inosservanza delle forme. Lo Stat. di Valsassina del 1343 disponeva: *possit simul et semel appellari et de nullitate dici coram iudice de appellatione hoc modo quod in quantum sit nulla, nulla dicatur, et in quantum aliqua iniusta seu iniqua, iniusta sit ut iudice videbitur de iure et iudex valeat in sua sententia definitiva causam principalem reformare et corrigere in totum vel in parte ut iustitia suadebit non obstantibus quod non fuerit petitum vel tali forma appellatum* (6). E Bartolo attesta della consuetudine di impugnare *viva voce* la sentenza, così: *dico nullam et si qua est,*

---

(1) BARTOLUS, l. 1, Cod. quando provoc. non est necesse, vol. VIII, pag. 85.

(2) *Sententia praevalet veritati*; BALDUS, l. si furti, n. 3; Cod. ex quibus causis infamia, vol. V, pag. 135.

(3) COSTA, *Nullità della sentenza e la querela nullitatis nella storia del processo italiano*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1916; CALAMANDREI, *L'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 1915; id., *La Cassazione*, I, 1920: SKELD, o. c.

(4) Breve consulum pisan. civ., ed. BONAINI, pag. 8, 26; Leges ianuenses, 1143, in *H. p. Mon. Leges*, II; an. 1193, Brescia, in FICKER, IV, n. 184.

(5) Breve pop. Pistorii, 1284, ed. ZDEK., II, 108.

(6) c. 52, ed. ANDERLONI e SELLA, 1913.

Digitized by Google

appello: — *peto sententiam pronunciari nullam, et si qua est peto eam rescindi tamquam iniustam* (1).

Si comprende come le magistrature superiori fossero dette *ad cognoscendam causam appellationis et nullitatis* (2) e ciò non solo nel sec. XIII, ma anche ben più tardi: però, pur restando gli stessi giudici per le une e le altre, la distinzione già chiara negli scritti dei dottori non tardò ad essere considerata dalle leggi. Infatti fin dal sec. XIII si parla di giudicati *nullius momenti*, i quali *non valent* e perciò incapaci di essere *in praeiudicio alicuius personae* (Como, 1281, c. 83) giudicati differenti dalle *sententiae quae suspensae fuerint per appellationes*, mentre le altre *sint ipso iure nulle* (Novara, 1230, c. 60). Tale separazione appare nitida negli Stat. di Verona, 1228, ove distinguesi l'*appellatio ob iniquam sententiam* o *de iniquis arbitratibus* dall'appello per nullità, cioè per sentenze *quae nullae dicuntur*. Sebbene la procedura sia identica, si svolga *eodem modo* (3), cioè davanti allo stesso *iudex appellationum et nullitatis* (4), si può constatare come sia penetrata nelle leggi la differenza fra l'*imperitia* e la *iniquitas*, come diceva Bartolo (5), ossia fra l'*error in procedendo* e l'*error in iudicando*: e sebbene le leggi continuassero sotto la stessa rubrica a unire i rimedi *de nullitate* e *de appellationibus*, e si sancisse la facoltà di proporre contemporaneamente i motivi per l'una o per l'altra (6), vedesi lo Stat. di Bologna del sec. XIII, cioè della città, dove l'influenza dei suoi illustri dottori si faceva sentire nella redazione delle leggi e nelle decisioni delle sue curie, sancire che proponendo nullità potevasi pretermettere l'appello (7). Era un passo avanti che non fu subito seguìto, e anche nel sec. XIV vi eran leggi contrarie a tale norma e ferme nell'altra che la perenzione di un rimedio importava anche la perenzione dell'altro,

(1) ad l. si expressum n. 4 Dig. de appell. vol. VI pag. 196; l. Carmel., n. 3, Dig. de iure patron., vol. IV, pag. 171.

(2) Stat. pop. Pistorii, 1296, II, 3, 4; IV, 123.

(3) Liber iuris civ. Veronae, ed. CAMPANELLA, 1728, c. 169; Stat. di Roma, ed. RE, III, 150.

(4) Stat. di Pistoia, 1284, II, 106; Firenze, 1415, II, 127; Roma, 1580, I, 161.

(5) Ad l. ante sententiam, Dig. de appell. recip., vol. V, pag. 204.

(6) Stat. di Piacenza, 1260, II, 3; Brescia, II, 214, in *H. p. Mon.*, pag. 1776.

(7) *Appellatione praetermissa*; Stat. di Bologna, ed. FRATI, IV, 49.

Digitized by Google

come l'inutile esperimento dell'uno esercitava effetto inibitorio sulla esperibilità dell'altro (*Costit. egid.*, VI, 213).

22. Ma non tarda l'influenza dottrinale a prevalere e nel corso del sec. XIV e più nel XV alcuni statuti accolgono, sebbene in via eccezionale, la *querela nullitatis* come figura distinta dall'appello, sebbene sia presentata allo stesso giudice (1), e in alcuni è dichiarata inconciliabile la concorrenza dei due rimedi, prescrivendo il ricorso all'uno o all'altro. La regola, sì nella pratica che nella dottrina, era che il ricorrente poteva nello stesso tempo e collo stesso atto *appellare sive sententiam nullam per viam principalis petitionis dicere, sive utrumque simul et successive facere, sive divisim, ut moris est per viam actionis seu appellationis* (2). Vi era solo una differenza, cioè che mentre per l'iniquità si poteva appellare *centies*, per la nullità era vietato ciò, e *sententia lata super causa nullitatis non possit dici nulla, et si dicta fuerit, nullatenus audiatur*. La sentenza era definitiva, escludendosi ogni altro ricorso e rimedio (3). E ancora un termine più lungo si accordava alla *q. nullit.* in confronto dell'appello: per questo 10 giorni, per la *quer.* 30 giorni, secondo lo Statuto di Modena, 1327 (IV, 8), un anno, secondo quello di Roma (I, 191) e di Gubbio (III, 3). Ciò mostra come a questo rimedio fosse riconosciuta una propria funzione, una chiara individualità: accordando maggior termine a esercitarlo, intendevasi precludersi la via a ulteriori attacchi al giudicato, in guisa che *sententia habeatur pro valida et solemniter lata et data* (Genova, III, 1); con che, a differenza del diritto romano, la nullità divenne, nel diritto statutario, un attributo della sentenza, esistente a quel modo stesso che altro attributo poteva essere la sua ingiustizia, e quindi *nulla sententia*, che nel dir. romano voleva dire nessuna sentenza, nel diritto italiano indicò sentenza esistente ma viziata da uno di quei difetti, che ve-

(1) Stat. di Roma, ed. RE, I, 31: *Si ille contra quem lata est sententia, dixerit appellandum et deduxerit nullitatem et iniquitatem* (e fu giudicato) *non audiatur super nullitate primae sententiae cum in causa appellationis potuerit de nullitate dicere.*

(2) Stat. di Ferrara, 1567, II, 66; Cesena, 1589, I, foglio 90; Padova, I, 38; Verona, 1582, II, 16. Così BARTOLO, l. si expressim, Cod. de appellat., vol. IX, pag. 200; e più tardi VANTIUS, tit. qualiter a sent. a nullitate defendi possit, n. 33.

(3) Stat. et provisiones ducales civ. Tarvisii, 1574, lib. II, tract. 1, rubr. 46; lib. III, c. 4.

Digitized by Google

nivano chiamati nullità (1). Al concetto romano della nullità intesa come inesistenza giuridica del giudicato si sostituì il concetto di annullabilità, intesa come possibilità di togliere ogni efficacia giuridica alla sentenza viziata da certi difetti.

In queste innovazioni le leggi obbedivano molto agli insegnamenti dei dottori. Come si è detto, nei tribunali ecclesiastici eransi formate regole per le nullità bene separate dalle ingiustizie, e specialmente sapevansi quali formalità mancanti rendevano un giudicato *irritum, inane, nullius momenti*, e come si procedesse invece nel caso di quello viziato *sorde et iniquitate iudicum*. Specialmente il difetto di competenza, la partecipazione alla sentenza di giudici non preposti alla discussione della causa — e ciò involgeva tutta la materia dei giudici delegati — per nulla dire della violazione o falsa interpretazione dei canoni furono dai canonisti trattati nella maniera più ampia. Le Decretali in moltissimi casi annunziavano come la inosservanza di una formalità, ed erano innumerevoli, rendesse irrito il giudicato (2). E tacciamo delle nullità nelle cause spirituali, miste e matrimoniali.

23. Dai più antichi dottori si parla incidentalmente della questione: Ugolino, per es., a proposito della sentenza pronunziata dopo il triennio: alcuni, egli dice, ritengono che non valga perchè è pronunciata contro il solito ordine dei giudizi: si deve ricominciare da capo (3). Azone considera la nullità per lo stesso caso (4). La Glossa (ad l. 3, Cod., VII, 43) a proposito della sentenza contro assente indifeso e ignorante ma citato, nota che *secundum quosdam* si aveva il rimedio dell'appello. Sono i proceduristi che a proposito dell'appello espongono come questo abbia per iscopo di emendare la sentenza iniqua ma valida, sentenza pronunciata *contra ius scriptum* oppure *contra ius litigatoris* ma esteriormente perfetta, e come altro sia il caso quando la sentenza per altri vizi non possa costituire giudicato. Tale concetto è già chiaro nell'antico *Ordo iudiciarius* di un anonimo (5) e meglio in

(1) CALAMANDREI, *Error in iudic.*, 45; *Cassaz.*, I, 143; COSTA, op. cit.

(2) c. 12, X, de sent. et re iudic., II, 27; c. 7, X, de cons. util., II, 30; c. 1, Clem. de sent. et re iudic., II, 11.

(3) *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 333; BULGARO (de iudiciis, § 13, ed. WUNDERLICH, 1841, pag. 26) deve alludere alla sentenza nulla quando scrive: *cessat appellatio propter rem... quia sit contra ius lata.*

(4) Lecturae ad lib. III, Cod. de iudiciis, pag. 169; Lecturae ad l. 8, Cod. quomodo et quando, pag. 585.

(5) *Ordo iudic.*, ed. GROSS, I, c. 17, § 6; c. 19, § 9.

Digitized by Google

Piacentino e in Buonaguida (1). Questi scrive: si hanno due vie contro sentenza: *nullitatis et iniquitatis. In primo articulo pronuntiabitur nulla, in secundo cassabitur. Nam sententia nulla cassari non potest sed debet pronuntiari nulla, cassa vel irrita. Si autem reperiatur iniqua, tunc cassatur.* Vero è che in canoni si usano le parole: *cassamus, cassas denuntiamus*: ma questa è retorica, *color rhetoricus!*

Tutto ciò non era strettamente conforme al diritto giustinianeo, le cui sottigliezze procedurali sfuggivano a tali interpreti; ma lo era alla realtà che più avevano in vista. È ormai posta la differenza fra appello e querela di nullità: principio che Azone così formola: *non recipitur appellatio ubicumque nulla est sententia ipso iure* (2). Mentre Pillio tace sulla sentenza nulla, Tancredo prima e poi Durante vi consacrano un titolo speciale (3), e ciò dopo che avevano in vari punti indicati i requisiti della sentenza e l'*ordo iudiciarius* da osservarsi a pena di nullità.

Ma solo Durante mette in rilievo la differenza fra appello e querela di nullità: è conforme a ragione, egli dice, che *causa nullitatis debet tractari coram eo qui de principali cognoscit*, e sarebbe allora lo stesso giudice di prima istanza, non quello di appello, davanti al quale si reclama solo per iniquità; e il suo ragionamento finisce nella conclusione: *causa appellationis et nullitatis non possunt coram eodem iudice tractari* (4). Invece Bartolo e Baldo, dopo aver risposto negativamente al quesito del cumulo di appello di *rest. in integr.* e di querela di nullità (5), pur ammettendo che *nullitas venit tacite in appellationem* (6), propendono a rimandare la querela di nullità davanti al giudice che pronunciò la prima sentenza, anche se lo statuto prescrivesse il contrario (7): non è esclusa la competenza del giudice di appello che, appunto per la ragione che la

(1) PLACENTINUS, *De varietate actionum*, 1535, IV, tit. 20; BONAGUIDA, *Summa super officium advocat.*, p. II, tit. 27, ed. WUNDERLICH, pag. 223.

(2) *Summa ad lib. VII Cod.*, pag. 759.

(3) DURANTIS, II, 3, de sent., § 8 e 9; TANCREDUS, IV, 2, quae sententia sit ipso iure nulla.

(4) DURANTIS, II, 2, de sent., § 9, n. 28; IV, 2, de sent. et re iudic., formula nullitatis.

(5) BALDUS, l. edita, Dig. de edendo, II, 13, vol. I, pag. 80.

(6) BALDUS, nelle aggiunte a DURANTE, II, 4, de appell., § 2, v. dies; e § 1, v. statutum; BARTOLUS, l. ult., Dig. de iure patron., XXXVII, 14.

(7) BARTOLUS, l. 1, Cod. quando provocare, VII, 64, vol. VIII, pag. 108; BALDUS, l. si suspecta, Dig. de inoff. testam., V, 2.

Digitized by Google

nullità è implicitamente inclusa, può in parte confermare e in parte dire nulla la sentenza appellata (1).

Nelle leggi del sec. XV la soluzione non è decisiva: ne fa prova lo statuto di Bologna del 1454 (c. 7) pel quale le nullità potevano farsi valere tanto davanti al giudice di prima istanza che aveva sentenziato quanto al giudice di appello. Pel primo giudice era anche il diritto canonico, che le cause matrimoniali decise su errore di fatto o di diritto rinviava allo stesso giudice che poteva e doveva ritrattarsi: torni la causa in prima istanza (come anche voleva il diritto romano) davanti allo stesso giudice che la riesamini e sani la nullità (2). La querela poteva opporsi *incidenter* nella forma di eccezione, con speciale procedura e avere anche la natura di un'azione (*agere de nullitate*) (3) presentata con *imploratio officii iudicis* (4); e tutto ciò senza i termini prescritti per l'appello (5) e senza essere sottoposta agli ordinari termini della perscrizione (6), ma anche senza avere effetti sospensivi (7). Tali regole canoniche diressero anche i proceduristi del foro civile del sec. XV, come il dimostra la Pratica del Ferrariis, il quale rinviava la sentenza *recte lata* ma nulla per difetto di forme al giudice che l'aveva pronunciata, e ciò *sine libello*; mentre rimetteva al giudice superiore la sentenza iniqua ma *rite lata* (8). E in tale soluzione propendevano giuristi di epoca posteriore (9).

24. L'innovazione importante doveva consistere nell'abilitare il giudice di appello ad accogliere anche la querela di nullità, annullare la sentenza e sostituirla con una nuova. Il punto di partenza fu offerto da quanto stabilivano il diritto romano e il canonico che delle nullità si potesse agire *incidenter*, *opponere de nullitate*: in virtù di ciò se la causa era in appello, l'appellante supplicava *de nullitate*, in guisa che il giudice prima di esaminare

(1) BARTOLUS, l. 1, Cod., VII, 64.

(2) HOSTIENSIS, *In Decret*, *Lecturae*, lib. II, r. de sent., n. 2.

(3) c. 1, Clem. de sent. et re iudic., II, 11.

(4) INNOCENTIUS, ad c. 2, X, de offic. iudic., n. 2; DURANTIS, I, de offic. omnium iudicum, § 2, n. 4; BARTOLUS, l. 1, Cod. quando prov., n. 4.

(5) c. 14, in VI, de sent. exec., V, 11.

(6) DURANTIS, II, 3, de sent., § 8, n. 30.

(7) INNOCENTIUS, ad c. 31, X, de offic. et pot. iud. deleg., n. 3; BALDUS, l. 1, Cod. ne liceat tertio prov., n. 1, 2.

(8) P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. sent. interloc., n. 8.

(9) PACIUS IORDAN., *Locubr. forenses*, vol. II, pag. 561, III, pag. 508; TUSCHIUS, *Concl.*, tit. 5, concl. 114, 115.

Digitized by Google

l'iniquità decidesse sull'eccezione di nullità. La questione agitata dai Glossatori (v. *quaerelam*, l. 3, Cod., VII, 43) ebbe in senso favorevole l'autorità di Bartolo e di Cino da Pistoia (1); e così risolsero i grandi canonisti (2); in guisa che il magistrato di appello annullasse e sostituisse nuova sentenza. Ora ciò non garbava agli avvocati che avrebbero voluto che, annullata la sentenza, il giudizio tornasse al giudice di prima istanza. E a questo proposito Pietro De Ferrariis nella *Practica papiensis*, il solo procedurista che con fine satira mette in luce i difetti del foro e le astuzie degli avvocati e non risparmia nè prelati nè giudici, così scrive: *non ergo gaudeant cavillosi advocati et procuratores qui frequenter conantur per talem nullitatis effectum totum subvertere causae processum magnis sumptibus et laboribus obtentum et causam reducere ad pristinum statum ut habeant novum salarium; quorum malitiis per hanc viam est succursum, quia posito quod iudex videat sententiam nullam, non tamen differre debet neque abstinere reum condemnare si viderit condemnandum, et ipsum absolvere, si viderit absolvendum* (3). E in quanto al processo da farsi presso il giudice superiore, se da rinnovarsi interamente o da valersi degli atti già compiuti in prima istanza, distinguevasi se la nullità era apposta a tutti gli atti o alla sola sentenza, e nel primo caso si doveva instaurare nuovo giudizio (4).

Risulta da ciò che era ammesso il cumulo dei due rimedi, appello e nullità (5), che agendo per nullità potevasi riservare l'ap-

---

(1) BARTOLUS, ad l. 1, Dig. de appell., XLIX, 8, n. 2, pag. 207; *sententia potest peti dici nulla principaliter agendo et quando petitur executio excipiendo*; e alla l. 9, Dig. XLIX, 1, n. 17: *incidenter cum petit executio sententiae ille contra quem petitur excipit de nullitate*; oppure *quando una partium iterum petit sententiari, dicens sententiam primo latam esse nullam... Principaliter petendo sententiam nullam pronunciare*; ad l. 4, Cod. quomodo et quando, VII, 43, n. 1; ad l. 1, Cod. quando provocare, VII, 64, n. 16; CYNUS, ad l. 4, Cod. cit., VII, 43.

(2) INNOCENTIUS IV, ad c. 36, X, de offic. et pot. iudicis deleg., I, 29; PANORMITANUS, ad c. 9, X, id.; PETRUS DE ANCHARANO, ad c. 63, X, de appell., II, 28. Così in seguito SCACCIA, *De appell.*, XI, n. 122; XIX, n. 1.

(3) Forma appellationis, pag. 192. Sul De Ferraris vedi VACCARI in *Contributi alla storia dell'Università di Pavia*, 1925.

(4) DURANTIS, II, 3, de sent., § 8, n. 26; BALDUS, ad l. 1, Cod., VII, 64, n. 12; BARTOLUS, ad l. 19, Dig., XLIX, 5; VANTIUS, c. 6, n. 128; c. 13, n. 23.

(5) Tale era l'opinione di UBERTO DA BOBBIO e di DINO MUGELLANO, secondo DURANTE, II, 3, de sent., § 8, n. 25. E BARTOLO, nella cit. l. 19 Dig., XLIX, 1, pag. 200, scrive: *an duo remedia simul prosequi possint*

Digitized by Google

pello colla ricordata formola: *dico sententiam nullam, et si qua est appello* (1): nel qual caso la querela aveva effetto sospensivo, e, se respinta, *totus processus debet discuti ex viva natura appellationis* (2). Nell'esame delle nullità il giudice doveva tener presente se queste offendevano il diritto naturale o il positivo, e fu a questo proposito che i *moderni*, cioè nel sec. XVI, introdussero la distinzione fra *defectus sanabiles* e *insanabiles* (3), importante per la interpretazione data agli statuti: perchè per i sanabili la querela doveva presentarsi entro i termini dalle leggi prescritti, il che non valeva per gli altri attinenti ai *substantialia processus* (4), che erano il libello, la *lit. cont.*, il *iur. cal.*, le prove, ecc. Si discuteva se tali erano la *publicatio attestationum*, la *conclusio in causa*. E qui si complicavano le distinzioni fra *substantialia* di diritto naturale (insanabili) e quelli del positivo (sanabili) (v. MARANTA II, n. 15; VI, de concl., de proc. public.; VANTIUS c. 13).

25. I motivi di nullità offrirono in tutti i tempi argomento ai teorici e ai pratici per dar saggio della loro fervida inventiva. Non pochi erano offerti dai difetti dello stesso ordinamento processuale così formalista, ma altri furono imaginati da quelli cui premeva eternare le liti. In principio il loro numero si mantenne ristretto, perchè così voleva anche il diritto canonico, ma poi crebbe a dismisura. I più antichi proceduristi li avevano indicati *ratione iudicum* cioè incompetenza, *ratione litigantium* (illegalità della procura, scomunica dell'attore), e poi errore di diritto, essendo violato il *ius canonicum, divinum, civile, vel scriptum*, o per contenere la sentenza condizione impossibile o per essere

---

istae duae causae habent originem ex diversis fontibus; ma possono anche avere la stessa origine e allora non vi è contrarietà e si possono proseguire cumulativamente, *iunguntur simul*.

(1) DURANTIS, id., n. 28; IV, 2, de appell., § 1, n. 10; BARTOLUS, ad l. 19 cit.

(2) BALDUS, ad l. 1, Cod. quando provoc., cit.; VANTIUS, c. 3, c. 6, n. 34, c. 13; SCACCIA, *Tract. de appell.*, XIX, 1, concl. 4, 92, 93.

(3) L'espressione è in VANTIO, c. 9, n. 6; c. 11, n. 60; e in FOLLERIO nelle aggiunte a MARANTA, IV, dist. 16, n. 22; ma il concetto è anche in BARTOLO, ad l. 39, Dig., IV, 4, n. 5; PANORMITANUS, c. 49, X, II, 27.

(4) Che erano il libello, la *lit. cont.*, il *jur. cal.* le prove, ecc. Si discuteva se tali erano la *pubblicatio attestationum*, la *conclusio in causa*. Si distinguevano i *substantialia* di diritto naturale da quelli del positivo (sanabili). v. MARANTA, II n. 15 e 38: IV *Iudiciorum* XV dist. n. 1-9: VANTIUS c. 13.

Digitized by Google

frutto di corruzione o di frode surrettizia. Poi per cause esteriori: non era scritta, fu pronunziata di notte o *non sedendo* — *iudicis est sedere cum res plenam cognitionem desiderat* (Tancr., IV, 2, § 5) — fu fatta leggere da altri (1), mancò la citazione, vi è contraddizione con altra sentenza anteriore sulla stessa causa, per ragione di corruzione, fu letta in giorni vietati, in luogo disonesto, dopo il triennio e vi era già perenzione, od oltre i 2 o 3 mesi stabiliti per sentenziare (2).

Molto insistono anche Bartolo e Baldo nell'annoverare i difetti che rendono *ineptam*, *nullam* la sentenza cui non spetta nemmeno il *nomen sententiae* (3), mentre la iniqua è sempre *ius*, e che va rescissa *officio iudicis* (4). Oltre quelli già indicati (5), Bartolo dice nulla quella emessa contro febbricitante (6), allegando le varie opinioni dei dottori e scegliendo la peggiore (7), e dopo il triennio (8). Siffatti motivi non sono menzionati da Baldo che si attiene a quelli più comuni, cioè il timore, il dolo, la corruzione del giudice, il non aver scritte le deposizioni dei testi, l'aver inserita causa falsa e violato il tenore degli statuti (9). Baldo prospetta la questione se in questi casi si possa imputare al giudice di aver

(1) E se non sa leggere o è cieco? deleghi la causa o faccia da altro recitare la petizione e le allegazioni, e allora basta che dica: *condemno vel absolvo*. Così TANCREDO, IV, 2, § 5, e dice: così spesso vidi a Bologna da peritissimi dottori e a Roma da papa Innocenzo III *cum prolixas ferebat sententias*.

(2) YRNERII, *Summa codicis*, VII, 38: *Quaestiones de iuris subtilit.*, pag. 67; TANCREDI, IV, 2; DURANTIS, II, 2, de sent., § 8 e 9; LANFRANCUS DE ORIANO, *Practica*, tit. interlocut.; DE FERRARIIS, form. sent. defin., pag. 177-180.

(3) l. statutis, Cod. de sent. brevi recip., vol. VIII, pag. 65.

(4) l. 1, Cod quando provoc non est necesse, vol. VIII, pag. 85. Bartolo sostiene che vi sono casi in cui la nullità deve essere pronunciata dallo stesso giudice, e casi in cui si deve andare al superiore: ad l. 1, Dig. quae sent. sine appell. rescind., vol. VI, 207.

(5) l. praeses, Cod. de sent. et interloc., vol. VIII, pag. 66; BALDUS, l. quid ergo, Dig. de his qui nota infam., vol. I, 170.

(6) l. quaesitum, n. 8, Cod. de sent. interloc., vol. VIII, pag. 66. Così più tardi diranno nulla la sentenza contro infermo e contro mo.to VANZIO, n. 108 e PACIO, *Locubr.*, vol. III, pag. 520.

(7) l. qui Romae, § duo fratres, n. 8, Dig. de verb. oblig., vol. VI, 45.

(8) l. scire oportet, Dig. de excusat. tutor., vol. III, 69.

(9) l. 1, Cod. de error., vol. V, 129; l. qui testam., Dig. de excus. tutor., III, 35; l. 2, Cod. quando provoc. non est neces., vol. VIII, pag. 108; l. eleganter, Dig. de condict. indeb., vol. I, pag. 226.

Digitized by Google

fatto sua la lite (*litem suam facere*); donde il rispondere di ciò al sindacato e perfino l'infamia.

L'elenco fu allungato dai pratici posteriori, finchè si arrivò a dire che una sentenza poteva essere annullata perchè ingiusta, cioè contraria *iuri litigatoris* (1). Nel trattato di Vantio composto nella seconda metà del sec. XVI i motivi sono così riassunti: *ratione loci, temporis, causae, quantitatis, modi, processus, manifestae iniquitatis*; ma quanti altri stanno sotto ciascuna di queste categorie! (2): e poi altri secondo la causa efficiente, materiale, formale, finale. Ogni infrazione ai *substantialia processus*, all'*ordo iudiciarius* provocava nullità: e così anche al sec. XV dicevasi nulla la sentenza pronunciata prima di aver *pulsata ter campana officialium* (3), o nella settimana santa, anche se col permesso del sovrano che « può dare incremento al culto non diminuirlo » (4)— resa di notte (5) — dopo il termine stabilito dallo statuto a pronunciarla (6) — oltre l'ora indicata nella citazione — contro l'agente, l'infermo, il morto ed entro otto giorni dal decesso — contro il minore e l'incapace indifesi — senza prove — con precipitazione contro straniero — diversa dal consiglio dato dal sapiente.

Era ancora nulla la sentenza pronunciata *post appellationem legitimam* o contro una parte assente senza reale contumacia, o non citata regolarmente tre volte o *uno peremtorio pro omnibus*, e quella pronunciata senza la presenza delle parti. La pubblicazione apparendo come parte integrante del procedimento e non quale atto per sè stante, occorreva avvenisse non immediatamente alla fine della procedura, ma in un proprio termine, che entrambo le parti fossero citate e se una delle parti non compariva, per impedire la nullità, doveva esserne contestata la contumacia.

La nullità per *causa falsa*, cioè per errore nella motivazione, fu specialmente studiata dai canonisti: un solo motivo falso accanto ad altri veri annullava la sentenza? un motivo falso men-

---

(1) DE AFFLICTIS, *Decisiones S. R. Cons.*, 47:

(2) *Tract. de nullitatibus processuum et sententiarum*, Colonia, 1575.

(3) Stat. di Verona, 1450, II, 6; Vicenza, 1425, II; Perugia, 1342, AZZI, II, 1; COSTA, *Error in proced.*, cit.

(4) CALÀ CAESAR, *Tractatus de feriis*, qu. 5.

(5) La consuetudine aveva abolito questo motivo: v. GUAZZINI, defens. 33, cap. 9, vol. II pag. 189; MENOCHIUS, *De arbitr. iudicum quaest.*, lib. I, qu. 62.

(6) P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. sent., pag. 181, è il primo a proporre tale motivo.

Digitized by Google

zionato nel processo ma non enunziato nella sentenza quali effetti produceva? Perciò si consigliava non motivare: *periculosum et fatuum est exprimere causam si potest cum silentio pertransire quia redargui posset sententia de nullitate si causa reperitur falsa vel erronea* (1). Per la violazione, per la falsa interpretazione della legge o della consuetudine e per l'apparente osservanza della legge alterando il fondamento del fatto (*ex facto oritur ius*) si attinse agli insegnamenti dei canonisti, ma non si raggiunse una teorica, e procedendo per casistica non fu possibile che la sfera del fatto si mantenesse divisa da quella del diritto, che non si confondessero verità giuridica e verità materiale.

Nullità importava la violazione di norma giuridica (non di decisione di giudici per quanto *magni ponderis*) o di *ius scriptum* o di consuetudine notoria, e l'uno e l'altra certi e infallibili: — l'aver fondato la sentenza su una causa impossibile o inconcludente: — l'aver condannato a una prestazione fisicamente impossibile: — l'aver sentenziato *contra rem prius iudicatam*, ecc. (2). Vengono prospettate tante fattispecie ed esempi da smarrirsi ogni criterio di direzione. Durante aveva riconosciuto le difficoltà e posto la materia delle nullità fra le *venerabiles*, cioè fra quelle su cui meno poteva la dottrina e più il senso di giustizia. Ma allora ne seguiva, e così infatti avvenne, che si potesse invocare la nullità da chi riteneva la giustizia offesa, e che l'ingiustizia bastasse a rendere invalida una sentenza che quindi mai passasse in giudicato. Ogni litigante soccombente ritenendosi vittima di una ingiustizia, si querelava per nullità, e ricominciava a suo piacere le più vecchie cause già da gran tempo finite, tanto più che la dottrina applicava pei rimedi contro le sentenze i termini della prescrizione trentennale, e a questi era stata ossequiente la giurisprudenza piemontese (3), tanto che gli stessi termini erano stati mantenuti dalle Cost. del 1770 (III, tit. 23, art. 3).

26. Contro tanti abusi si erano già pronunciati i canonisti (Innocenzo IV, l'Ostiense, il Panormita nei commenti al tit. *de sent. et re iudic.* delle Decretali), che gettarono molta luce specialmente sulle nullità e gli errori delle sentenze. Qualche legge reagì, perchè è chiaro che con tanta copia di motivi di nullità, non eravi sen-

(1) De Ferrariis, form. sent. defin., pag. 187.

(2) De Ferrariis, op. cit.; Lanfrancus de Oriano, loc. cit.

(3) Ab Ecclesia, *Observ. ad praxim indiciariam*, Torino, 1653, lib. II obr. 27.

Digitized by Google

tenza al sicuro e nessuno poteva quietarsi nella cosa giudicata, perchè nemmeno un lungo decorso di tempo ne sanava le nullità (1). Fu per rispondere a tali esigenze di una buona giustizia che Biella nel 1348 decretò non impugnarsi sentenze *pretextu sollempnitatis omisse* (2). Una legge toscana del 1471 vietò annullarsi sentenze *ex ineptitudine processus aut libelli sed ex meritis tantum*, perchè si doveva solo constatare se pronunciate *ex bono iure* (3). Più radicalmente provvidero Pio IV e Clemente VIII riducendo a tre i motivi di nullità per vizi *in procedendo*, cioè difetto di mandato nel procuratore, difetto di giurisdizione nel giudice, difetto di citazione da parte dell'attore (4). In altre curie si escludevano le nullità lievi, queste sempre nel sommarissimo *et ubi ius redditur per notarios iuris ignaros* e nei tribunali delle ville.

Al sec. XVI si ha il primo tentativo di porre ordine e chiarezza in tal materia con Vanzio che distinse gli errori di merito da quelli procedurali, le nullità materiali dalle formali: poi Stracca esaminò le nullità sanabili da farsi valere *intra decedium appellationis*: ma sopratutto acquistò meritata e universale fama il napoletano Biagio Altimare (1641-1713) colla sua opera in 2 vol. (*De nullitatibus sententiarum*, 1678-1682) quasi immune dai soliti difetti scolastici del tempo (5).

Si può dire che Altimare fondò i criteri delle nullità, i quali furono poi accolti non solo nei tribunali d'Italia ma di Germania, riducendole a poche categorie, distinguendole *ipso iure* e *ope exceptionis*, in sanabili e insanabili, queste cioè *quae meri sunt iuris positivi et defensionem partium non concernunt*; indicò quali dovevansi dichiarare *ex officio* dal giudice. In Piemonte, coll'autorità di Della Chiesa e di Sola la giurisprudenza semplificò l'*insanabilem defectum* a tre punti: *ex persona iudicis aut partium*

(1) Così la Rota rom., VI, recent. decis., 11; IX, 76; XI, 394; XIV, 390; GRATIANUS, *Decis. forenses*, c. 987.

(2) Ed. SELLA, pag. 203; Stat. di Montalbodo, 1366, I, 15, ed. MENCHETTI. Iesi, 1913, vieta reiterare *processus occasione solemnitatis obmisse in processu vel iuris ordinis non servati*; Stat. Canavisii, ed. FROLA: Chivasso, 1449, II, 196; Valperga, 1502, III, 50.

(3) FIERLI, *Theoricae doctor.*, pag. 16.

(4) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 15; PACIUS IORDANUS, *Locubrat.*, vol. III, pag. 6.

(5) VANTIUS, *De nullitatibus processuum ac sententiarum*, t. IV, vol. V dei *Tractatus univ. iuris*, e 7 ediz. dal 1574 al 1666; BLASIUS ALTIMARUS, *Tr. de nullitatibus*, vol III; col. 1690-1720 (il vol. III tratta *de nullitate sententiarum*).

Digitized by Google

vel ex substantialibus processus. E all'estremità della penisola, Mario Muta nel commento ai Capitoli del Regno di Sicilia riporta una lunga serie di civilisti e canonisti concordi su quei tre punti, ripetenti *de verbo ad verbum* le stesse ragioni *occupando cartas*.

27. Essendo le cause di nullità discusse davanti agli stessi giudici di appello, unico era il rito e soltanto diversi i nomi: le stesse forme di introduzione col libello, che nell'un caso prendeva il nome di *lib. appell.* e nell'altro di *querela nullitatis* (1). Non bastava però dire: *appello* o *conqueror*, ma occorreva indicare il motivo o i motivi di nullità (2). Si parla di una *litis cont.*; però se ne osservava la superfluità, essendo i punti della lite notori: i motivi dovevansi provare e con ragioni di fatto e di diritto. La querela aveva però caratteri propri: era perpetua, *perpetuo dici potest* (3); ma si presentava una sola volta: *succumbens in causa nullitatis non possit appellare nec etiam dicere ulterius nulla* (4). Nessuna clausola, per es. quella *remota omni appellatione* inserita nella sentenza di prima cognizione poteva impedire la querela di nullità (5). L'esame del tribunale avveniva sugli stessi atti che avevano portato alla sentenza impugnata di nullità (6).

Malgrado che la dottrina avesse affermato che *nullitas et appellatio sunt contraria* (7), anche al sec. XVI in molti luoghi i ricorsi per nullità erano portati ai tribunali degli appelli: così a Roma al tempo di Leone X, e si ordinava che la querela dovesse presentarsi entro un anno dalla sentenza *viciata* (8): così nel du-

---

(1) BALDUS, ad l. 4, Cod. de instit. et substit., VI, 25.

(2) Id., ad l. 10, Cod. de contrah. empt., IV, 38.

(3) Causa XXXV, qu. 9; BALDUS, ad l. 11, Cod. qui accus. non poss., IX, 1; ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, in l. 3, Cod. de praescript., 30 ann. VII, 39. Ma altrove BALDO, l. 13, Dig. de excus., tut. XXVII, 1, dice fino a 30 anni; e così nel commento al c. saepe, X, de appell. Così anche la glossa alla qu. 9, Causa XXXV.

(4) Stat. di Valsassina, 1343, c. 51, ed. ANDERLONI e SELLA, 1913. Così anche BARTOLUS, ad l. 19, Dig. de appell., XLIX, 1; BALDUS, ad c. tenor, Clem. de re iudic., I, 11.

(5) DURANTIS, II, 3, de appell., v. dicit statutum.

(6) MUTA, *Capit. regni locubr.*, al cap. di Alfonso, 135, vol. IV, 1525, pag. 282.

(7) DE FERRARIS, *Practica papiensis*, pag. 222; MARANTA, IV, validum et invalid., pag. 218.

(8) Nova urbis statuta super causis civilibus a magistrat. romanis promulgata et per Leonem X confirm., 1521.

Digitized by Google

cato di Urbino (1), e in altre città nulla si era innovato agli antichi statuti che per le competenze assimilavano iniquità e nullità (2). Non sentivasi il bisogno di complicare le magistrature, nè la differenza fra i due motivi aveva conseguenze speciali dal momento che il giudice di appello poteva riparare la sentenza annullata, senza rinviare la causa al primo giudice. Tuttavia in qualche città da tempo si erano istituite magistrature speciali che decidevano sulle nullità per inosservanza delle forme rituali, cassavano e rinviavano: e tali erano gli *exgravatores* di Milano, Genova, Monza, Orvieto, Viterbo, i quali avevano sì speciali funzioni giurisdizionali, ma piuttosto vigilavano sul modo con cui era amministrata la giustizia; in guisa che si può dire che i motivi di nullità erano da essi rimproverati al giudice come derivati dal dolo o imperizia.

A Milano l'*exgravator* figura negli Statuti del 1396 colla competenza in tutte le cause non punite con pena corporale, derivate da gravame *de quo quis asserit se gravatum et propter quod deffert querelam*, a titolo di iniquità e colla facoltà di annullare quelle *propter solemnitatem iuris vel statutorum ordinem non servatum*: e per di più punivano il giudice condannandolo a pagare un quarto della somma a cui riferivasi la sentenza. Egli pronunciava *ex actis primi iudicii*, non ammettendo nuove prove, salvo documenti prima ignorati. Se le sentenze erano inappellabili (3), identico ufficio era tenuto a Genova dai *sindacatores supremi ex causis nullitatis et excessus*, con facoltà di cassare, *corrigere*, *emendare*, *minuere* le sentenze pronunciate dalle varie magistrature: nè limitavansi ad annullare, ma nello stesso giudicato provvedevano nel merito (4). La repubblica veneta aveva istituito gli Auditori, che si distinsero col nome di *vecchi*, quando ad altri magistrati fu

(1) Constitut. ducatus Urbini a S. DE CAMPELLO adnot., 1709, vol. II, pag. 140.

(2) Stat. di Gubbio, III, 3, e il commento di CONCIOLO, pag. 306.

(3) Così negli Stat. di Milano, 1396, in *Mon. h. p. Leges*. L'*exgravator* non è menzionato negli Stat. del 1480. Il suo nome si incontra negli Statuta Pallavicinia, 1429, osservati in parecchi luoghi del parmigiano, a Monza, doc. 1333, in FRISI, *Mem. stor. di Monza*, I, 125, a Rimini, Stat. del 1334, II, 17; nella Marca anconetana, v. Const. egid., I, 3. Per Orvieto vedi FUMI, *Cod. dipl. di Orvieto*, pag. 224; per Viterbo, CIAMPI, *Cronache e statuti di Viterbo*, 365; vedi LATTES, in *Riv. ital. delle scienze giuridiche*, XXVII, 1894.

(4) Stat. civilia reip. genuens., 1673, III, 2.

Digitized by Google

attribuito quel titolo: loro competenza era il *taglio* delle sentenze *per disordine*, cioè per violazione di legge, e potevasi invocare che la sentenza fosse *taiada over annullada tanto avanti il pronunciar della sentenza* che dopo (1). Nel 1553 le attribuzioni degli Auditori furono anche attribuite ai Conservatori della legge (2), aventi « autorità di intromettere ai Consigli gli atti e i giudizi civili irregolarmente seguiti: se non fossero corse le necessarie citazioni, se fossero state alterate le pretese »: ad essi presentavasi querela *per capo di disordine* (3). La sentenza annullata era rinviata al collegio di prima istanza, mutati i giudici (4). Questa seconda sentenza era parimenti soggetta a essere incisa e revocata, e quindi rinviata al collegio, finchè non si ottenessero le due conformi. Gli Auditori dovevano entro tre mesi decidere, purchè non occorressero prove, e *incidere sub debito sacramenti*.

28. Nei riordinamenti delle supreme magistrature, avvenuti dopo il sec. XVI, e in seguito alle facoltà quasi legislative, loro concesse essendo autorizzate ad allontanarsi dalla parola della legge e seguire i precetti dell'equità, la querela di nullità, da proporsi per *viam agendi* o *excipiendi*, acquistò speciale considerazione, ma nello stesso tempo si aprì la via a tanti abusi, per la mancanza di precise norme di legge e pel fatto che tutta la materia era abbandonata alla capricciosa dottrina. Nel foro napoletano, per es., si diceva che una sentenza poteva annullarsi per 40 motivi (5), e ciò malgrado il Rito di Carlo II del 1320 così concepito: *Detestantes quod per sophisticas quam veraces advocatorum versutias, veritas institive lateat* ordiniamo non si annulli sentenza *ex defectu commissae solemnitatis iudiciariae dummodo liqueat de pura substantia veritatis*: e malgrado che nel 1436 Isabella aggiungesse che le nullità dovessero inficiare tutto il processo per le persone dei litiganti e per l'incompetenza dei giudici, e che pel resto si dovesse risolvere *secundum veritatem et sola veritate inspecta* (6). Nel 1540 si comminarono pene contro i litiganti

(1) Consulto del 1428 e 1433, in Volumen Statut., 1606, pag. 159; decreta, pag. 25.

(2) Consulto del 1553, pag. 194.

(3) Così anche a Verona, Stat., II, 146, 147; DE MICHELI, *L'ordine del proceder nei giudizi civ. del foro di Verona*, 1740.

(4) Legge pisana, in Volumen ecc., pag. 140, 200.

(5) CARAVITA, in *Ritus Curiae Vicariae*, pag. 218; MUSCATELLUS, *Praxis*, pag. 182.

(6) Ritus Isabellae: Quantum est possibile, Litera de supplendis defectibus.

Digitized by Google

soccombenti nelle nullità proposte: e nel 1612 si dissero calunniose le nullità verificatesi prima della determinazione della lite, presumendole sanate con questa, ammettersi solo quelle contro espressa norma di legge o contro scrittura pubblica; non improponibili dopo 10 anni, non ammissibili i reclami dai decreti di *nullitates non obstare* e soltanto da quelli di *nullitates obstare* (1). Poi si richiese che le querele fossero firmate dall'avvocato principale e non dal procuratore; e si punisse l'avvocato di sospensione, la prima volta per 4 mesi, la seconda per 12, la terza in perpetuo, se respinte (2). Con Pramm. del 1612, 1665, 1669 furono confermate le stesse pene, e si ordinò che le nullità dovessero essere specificate e non enunziate in termini generali, che, scorsi 40 giorni dalla notifica del mandato *de parendo*, non potessero elevarsi (3): nel 1738 si accrebbero le somme da depositarsi, e la Camera di S. Chiara doveva decretare memoriali di povertà solo dopo indubitati accertamenti (4). Provvidenze rimaste lettera morta, che le querele di nullità non risparmiavano nemmeno le sentenze del S. R. Consiglio, inappellabili per essere pronunziate in nome del re, e ogni sentenza era minacciata pei più futili motivi, come riconosceva il Card. de Luca (5). Nè diversamente facevasi in Sicilia, ove l'inosservanza di qualsiasi rito dava appiglio ai forensi per invocare nullità. Le leggi avevano elencato i difetti entro cui dovevansi contenere i giudici per annullare sentenze e senza discussione (6): ma più tardi avevano detto nulla la sentenza oscura (7). A leggere l'elenco che ne fece il palermitano Muta, nei commenti ai Capitoli, si vede che leggi e pratica non avevan freni nell'ammettere i casi di nullità; e il male era comune a tutta Italia.

Se ne avvertivano gli inconvenienti: anzi una legge veneta chiamava ciò « massimo danno et destrution così di quelli che dieno havere i quali con tali mezzi et subterfugi se affligeno et di color

(1) Pragm. 4, de dilation., tit. 57, an. 1612.

(2) Pragm. 5, 8 id., an. 1620, 1666.

(3) Pragm. 4, id., § 18 e 20, 22, 24; Pragm. 11, § 5, id., 1666; Pragm. 5, § 3, de offic. S. R. Cons.

(4) Pragm. 18, § 2, de ordine iudic.

(5) *Teatrum veritatis*, XV, dist. 38.

(6) Sic. Sanct., IV, pag. 444; Cap. 44 Ferdinandi II; Pragm. 1, § 1, tit. XII, vol. I, pag. 96.

(7) Pragm. 2, tit. XI; Pragm. 3, tit. XVII, vol. I, pag. 88 e 136; Const. Pragm. M. A. Colonnae, p. II, tit. delle sentenze oscure.

Digitized by Google

che dieno dare che riceveno molti danni così per le spese come per il perdimento di tempo » (1). L'abuso dichiarato intollerabile (2) provocò riforme e anzitutto si ordinò ai giudici di risolvere rapidamente, entro sei mesi dall'istanza o dal *provideat* con giudizio di revisione (3). Più radicale fu la legislazione della Corsica che volle « si avesse riguardo ai meriti verità e giustizia dei litiganti e non a nullità di processi i quali vagliano e tengano » (4).

29. La querela di nullità fu mantenuta nel Regol. giudiziario di Giuseppe II (§ 276-280) e della Repubblica Cisalpina (5) fino ai Codici francesi: e poi fu ripristinata nel Lombardo-Veneto dopo il 1815, ma scomparve definitivamente nelle altre legislazioni degli Stati italiani. Il Regol. austriaco determinava che la querela potesse esperirsi promiscuamente alla revisione e all'appello, proponendola entro il termine preferito per l'appello dinanzi al giudice inferiore che trasmetteva gli atti al superiore. Questi ove riconoscesse la nullità, rimandava le parti al giudice inferiore previa la « rifazione ad ambo le parti dei danni e spese derivate per la protrazione della lite », mentre, ove il gravame di nullità risultasse insussistente e temerariamente proposto, poteva condannare a una pena proporzionale il querelante. Ultima fase fu la trasfusione della querela di nullità nell'istituto della Cassazione.

§ 3. *Altri rimedi contro le sentenze.*

30. Altri rimedi contro le sentenze erano la *restitutio in integrum*, la *supplicatio ad principem*, la *revisione* e il *contrario impero*. Nell'antico diritto siculo era compreso sotto il titolo generico di *gravamen*, *defensio*, *querela* qualsiasi mezzo per riforma di sentenza, nei casi in cui non era accordato l'appello: il procedi-

(1) Stat. di Venezia, nel *Vol. legum*, pag. 160; FERRO, *Dizion. del dir. comune e veneto*, v. spazzo; ARGELATI, *Pratica*, pag. 61; ZUANETTI, *Concordanza del dir. comune col veneto*, III, pag. 153.

(2) MURATORI, *Difetti della giurisprudenza*, c. IX; BARBACOVI, *Progetto di nuovo codice giudiziario nelle cause civili*, 1788, vol. II, pag. 40.

(3) Costituz. estensi di Francesco III, 1771, I, 1; Leggi e Costit. piemont. (Vittorio Amedeo II), 1729, III, tit. 26, 14; Regol. toscano di Leopoldo, 1771: Motu proprio di nuovo regolam., art. 22, in CANTINI, XXX, pag. 22.

(4) Stat. di Corsica, ed. 1843, c. 21.

(5) Metodo generale di procedura nelle cause civili per la Repubbl. Cisalpina, Milano, 1801, c. 27, § 281.

Digitized by Google

mento *via gravaminis* aveva la particolarità che non ripetevansi gli atti di prima istanza, *sed processus expeditur per eadem acta* (Ritus, 180). La *restit. in int.* era *auxilium extraordinarium* per chi non potesse appellare, esercitato quindi nei casi in cui *sententia nullo alio modo retractari potest* (1). I giuristi l'avevano copiata dal dir. rom. e perfezionata con alcune novità canoniche: perchè come i canoni l'avevano estesa agli istituti pii (2), così le leggi laiche l'estesero al fisco, e poi la dottrina volle servisse anche pel caso di errore, di ignoranza, di testi non solo assenti ma ignoti (3), di documenti non solo sconosciuti ma perduti (4). Al sec. XV si diffuse l'opinione che mezzi di prova prima ignoti e poi rinvenuti si potessero far valere contro sentenza passata in giudicato, quando la parte soccombente li avesse ignorato, e che la *iuxta et probabilis ignorantia ex causa generali* fosse motivo di restituzione (5). Era anche accordata in caso di ingiustizia manifesta, e allora corrispondeva alla revocazione e in parte al ricorso per cassazione. Gli antichi, molto conseguenti, opinavano che importasse rinunzia a querela per iniquità o per nullità sanabile e la fondavano non nell'offesa alla *aequitas* cui voleva soccorrere il dir. romano, ma nel provvedere a una difesa ritenuta impropria o insufficiente (6). Quanto più il procedimento diveniva formale, e quanto nella cognizione il diritto materiale era relegato in posto secondario, tanto più doveva la *rest.* assumere importanza. Essa poteva riguardare la *rest. contra lapsum termini fatalis*, la sospensione della sentenza, l'ammissione di prove nuove, il riesame dei fatti, quindi anche una revisione del processo formale concessa *ex misericordia* o *de clementia* (7), e non solo *ex causa probabili*, ma anche *ex necessaria*. E in corrispondenza con ciò, la procedura relativa fu gravata di molte artificiose distinzioni e

(1) TANCREDUS, IV, 3, 2; DURANTIS, II, de restit. in integr.

(2) c. 1 al 10, X, I, 41; c. 11, X, III, 13.

(3) AZO, *Summa in Cod.*, lib. VII, de re iudic., pag. 766; TANCREDUS, IV, 1; Gloss. sub specie, e gl. grave est, Cod. VII, 52.

(4) DURANTIS, II, 3, de exec. sent., § 6, n. 7; BARTOLUS, ad l. 1, Cod. de sent. adversus fiscum, X, 9; l. 35, Dig. de re iudic., VII, 52, e ad l. 7, Cod. de iuris et facti ignor., I, 18.

(5) ALEX. TARTAGNUS, ad l. 35, cit.; *Consilia*, II, 169; III, 69; IASON DE MAYNO, ad l. 35, cit.; SFORTIA ODDUS, *Tract. de restit. in int.*, 1665, II, 73.

(6) DURANTIS, II, 3, de sent., § 9, n. 3.

(7) Const. r. Sic., I, 42-44; Ritus di Alfonso, 116-118.

Digitized by Google

formalità, dividendola in due stadi, *iudicium rescissorium* e *restitutorium* (1); poi la *rest.* fu ammessa *propter nova reperta*, per l'errore, ignoranza delle parti e il dolo dei testi, non per l'errore del giudice. Anche l'errore nelle deduzioni giuridiche offerte al giudice era espressamente escluso in considerazione della massima che *iura novit curia* (2).

Tal rimedio svolgevasi con rito sommarissimo, anche davanti al giudice che aveva sentenziato (3). La cosa contestata non doveva essere alterata *in praeiudicium postulantis*: accolta la domanda di *rest.*, si rinnovava il giudizio (4), con nuovi termini *ad probandum* (5). A Napoli se ne era ridotta la efficacia, sia sopprimendo il *secondo beneficio*, cioè un secondo termine accordato a minori, vedove, persone miserabili e chiese, dopo che il primo era trascorso senza procedere a presentazione o esame di testi, sia disponendo che la *rest.* non impedisse l'esecuzione delle sentenze di *assistenza* cioè nel giudizio di azione ipotecaria, nei decreti interlocutori, in quelli relativi alla competenza e quando le sentenze dovevano eseguirsi col mandato *de parendo* (6).

31. La *supplicatio*, detta in Sicilia con espressione romana *suppl. gloriosissimis*, era ricorso al principe contro sentenza inappellabile *propter excellentiam iudicum* o per disposizione di legge (7),

---

(1) BOLLANUS, *De rest.*, nei *Tract. un. iuris*, vol. V; SFORTIA ODDUS, cit., dove la dottrina italiana è riferita e rielaborata.

(2) Anche qui Bartolo portò la sua mente acuta, esaminò quando competa invece dell'appello (l. fin., Dig., si adversus rem iudic., vol. VII, pag. 30), come sia data *ex clausula generali adversus sententiam latam per imperitiam* (l. divus Adrianus, Dig. de re iudic., vol. V, pag. 47) e come *non detur adversus errorem iuris* (l. cum fideicommissum, Dig. de confess., vol. V, pag. 121).

(3) Const. regni Siciliae, II, 24, 41-44; Ritus M. R. Curiae, 71; Pragm. napol., 11, 17, de ordine iudic.

(4) Stat. di Roma, ed. RE, I, 30: Roma, 1580, I, 50; Cesena, I, fogl. 7; e in altri del sec. XVIII; Stat. di Bergamo, 1727, coll. 2, 10.

(5) Stat. di Bergamo, 1727, coll. 2, 10; Legge toscana del 1771, CANTINI, XXX, pag. 24.

(6) Pragm. 18, § 1, n. 26, de ordin. iudic.; Pragm. 8, § 6, de dilat. Per la stessa prammatica del 1738, innovatrice in molti punti di diritto processuale, furono soppressi i termini *ad concomitandum*, che davansi per confermare le cose contenute nelle pubbliche scritture presentate dopo la pubblicazione; quelli *ad impugnandum*, che davansi alla parte avversa per rigettarle, e l'atto *ad concludendum* e la conclusione in causa. Cfr. R. Costit. piemont., lib. III, c. 28; MORO, *Practica civ.*, c. 25.

(7) DURANTIS, II, 3 de supplic.; MARANTA, VI, et quandoque appellatur, pag. 485; Ritus M. C., 252.

Digitized by Google

e differiva dall'appello pel maggior tempo dato a presentarla (due anni), pel suo carattere di rimedio straordinario di grazia, dipendente dalla benignità del principe, per la motivazione (errore o negligenza del supplicante, inganno dell'avversario, errore del giudice nella interpretazione della legge). Bartolo la giustificava con testi romani (*Nov.*, 119, c. 5), potendo ognuno rivolgersi all'imperatore fonte del diritto, come al papa, secondo i canonisti (1). Non applicata all'epoca comunale, entrò nelle leggi e nella pratica colle monarchie, ove *princeps qui est super ius potest* dispensare da tutte le regole e giurisdizioni. A Venezia il Doge per legge del 1455 aveva facoltà, dietro supplica o anche di sua iniziativa, di sospendere le sentenze per due mesi (2), nello stesso modo che aveva il diritto *omnes sententias iudicum complere* (3).

A Napoli si supplicava contro le sentenze del S. R. Consiglio e della Sommaria; in Sicilia anche contro quelle della M. Curia (*Ritus* di Alf., 180); in Piemonte contro quelle del Senato e della Camera dei Conti; a Roma si supplicava al papa contro le rotali, e così negli altri Stati. La legislazione piemontese volle limitare tale facoltà disponendo che dopo tre sentenze conformi fosse interdetto anche il supplicare, come lo era il *de nullitate dicere* (4). Se la supplica era accolta, il principe ordinava giudizio di revisione o ritrattazione, che svolgevasi davanti lo stesso tribunale, a classi o ruote riunite, *amoto relatore*, cioè con altro relatore (5). Non era accordata quando cagionava pregiudizio irreparabile nella definitiva. Era ammessa nel caso di sentenze contrarie fra le stesse parti negli stessi motivi, emesse dallo stesso tribunale. Ancora quando tre avvocati sottoscrivevano un parere che appoggiava la domanda in ricorso, era consuetudine concederlo. Infine

(1) Ad l. si quis adversus, Cod. de praecibus, vol. VII, pag. 32. La diceva proibita nei casi dove era vietato l'appello (l. 1, Cod. ne lit. in una, vol. VII, pag. 81). Si poteva supplicare prima e dopo la *lit. cont.* (l. supplicare, Cod. ut lite pend., vol. VII, pag. 32).

(2) Volumen Stat. venet., pag. 165.

(3) Id., pag. 30, Stat. di Tiepolo, 1242, I, 64.

(4) Statuta vetera, I, pag. 68; SOLA, pag. 252.

(5) Per Napoli, v. Ritus M. Curiae, 32, 114; Pragm. 5 e 61 de S. R. Cons.; DE ROSA, *Praxis civ.*, p. II, c. 1; MORO, *Practica civ.*, c. 24. Pel Piemonte ove esisteva fin dai tempi di Amedeo VIII (Statuta vetera, I, c. 165), v. Editto di Emanuele Filiberto, 1561 e di Carlo Emanuele I, 1582; Costit. del 1770, lib. III, tit. 27; Cod. di Carlo Felice, 2270; SOLA, pag. 631; AB ECCLESIA, lib. II, c. 25-27.

Digitized by Google

era uso supplicare il principe in modo alternativo, cioè o accettasse la causa nel suo consiglio o delegasse giudice a decidere in seconda istanza: generalmente avveniva la delegazione; e allora dalla sentenza di lui veniva portato l'appello in terza istanza al Consiglio del principe: e ciò a motivo, dicevasi, di non privare le parti del beneficio della seconda istanza, che così era sempre inefficace, inutile, effimera, soltanto vantaggiosa agli avvocati aventi un altro stadio di lite per prolungarla. Era ancora in vigore al secolo XVIII, ma con quale utile e decoro della giustizia, ce l'espone il Barbacovi in quelle sue tanto saggie osservazioni (*Progetto*, II, 28).

32. La *revocazione* ebbe il suo posto nella passata procedura italiana come mezzo straordinario di impugnativa delle sentenze, e i giuristi la giustificarono con testi romani e canonici; e ciò già avvertiva Durante a proposito della *retractatio per simplicem petitionem* di cui rinveniva le traccie nel reclamo che il fisco romano poteva rivolgere al giudice sentenziante: allora *iudex potest suam sententiam revocare* (1) a modifica eccezionale della regola: *sententiam bene latam iudex non potest corrigere vel mutare.*

Nel procedimento italiano la revocazione si otteneva per le sentenze pronunziate in contradditorio in prima istanza, ma una volta sola: *nulla sententia possit peti ut corrigatur vel emendetur ultra semel*: prescriveva lo Stat. di Modena (1327, III, 9). I motivi erano compresi sotto l'espressione generica di *gravamen, defensio, querela*, e quella di *gravamen* restò specialmente nell'antico diritto piemontese e siculo per ottenere riforma di sentenza dallo stesso giudice, e così si aveva un procedimento *via gravaminis* (2), qualora il giudice fosse stato tratto in inganno da uno dei litiganti, o avesse giudicato sopra documenti riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza o ignorati dalla parte soccombente o da essa non potuti produrre prima; anche l'errore di fatto risultante dagli atti e documenti della causa rendeva possibile la ritrattazione. Tutta questa materia era dalle leggi affidata alla dottrina che ne trattò specialmente a proposito delle nullità (3).

---

(1) l. quod iussit, Dig. de re iudicata, XLII, 1; l. 6, Dig. de op. novi nunciat. XXXIX,; c. 60, X, II, 28; c. 10, 1., in VI, II, 15; Gloss. in c. 2 Causa XXXXV, qu. 9; DURANTIS, II, de except. et replicat., § 4, n. 37.

(2) Stat. del Canavese, ed. FROLA: Chivasso, 1306, II, 171; Valperga, 1350, II, 475; San Giorgio, 1422, III, 278. Per la Sicilia, *Ritus*, 180.

(3) *Ordo iudiciarius Scientiam*, c. 32, in *Quellen zur Gesch. d. roem.*,

Digitized by Google

Le interlocutorie erano emendate *ab eodem iudice per definitivam*: e quindi dicevansi sempre riparabili (1). Il termine per proporre la rivocazione era il *decedium* voluto per gli appelli; ma quando era chiesta per la riconosciuta o dichiarata falsità di documenti, decorreva dal giorno in cui questa era scoperta, il dolo confermato, il titolo ricuperato. Se la domanda di rivocazione era rigettata, chi l'aveva chiesta era condannato ai danni, a multa e alla perdita di quei depositi che doveva fare il *petens corrigi suis expensis solvendis consiliariis et notariis scribentibus consilia*, come si esprimeva il cit. Stat. di Modena.

L'istanza era presentata allo stesso giudice, il quale, accogliendola, interponeva decreto: *visa comparitione pro parte praesentata, auditis partibus, suspenso decreto interposito, provisum est*... cioè sospensione del sequestro, o *detur terminus*, o esame di testi, o *deducantur incumbentia*, si faccia il deposito, ecc. Nel Napoletano era detto *contrario impero* e aveva luogo nei decreti interlocutori; e mentre nel passato era molto usato (2), nell'ultimo diritto l'interlocutorio pronunciato da tribunale collegiato non poteva da esso revocarsi. Restò in vigore pel decreto di giudice unico, da proporsi entro due giorni; se l'istanza era respinta, la risposta era: *bene provisum*. Dell'abuso fatto per questo rimedio fa fede la Pramm. siciliana, 1539, che limitò a 2 anni la facoltà di chiedere ai giudici la revoca delle sentenze: si desume da detta Pramm. che il condannato in un giudizio chiedeva la revoca molti anni dopo dal giudicato, quando era per es. morto il vincitore, quando gli eredi ignoravano le ragioni del contendere ed erano impreparati alla difesa (3).

Contro il giudice negligente o colpevole di rifiuto a giudicare o prevaricatore (*litem suam facit*) era data un'azione penale e civile per danni, detta *presa a parte*: e di essa parlano le leggi a

---

kan. Proz. di WAHRMUND, pag. 66; BALDUS, *Consilia*, IV, 65. Più tardi VANTIUS, *De nullitatibus*, n. 135; SCACCIA, *De appellat.* Vedi una legge veneta del 1639 nel *Volumen stat.*, pag. 216.

(1) PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, III, pag. 521; DE LUCA, *De iudiciis*, disc. 37; RICHERI, *Iurispr. forensis*, vol. XII, pag. 174; FABER, *Codex fabrianus*, vol. I, pag. 63.

(2) Pragm. 16, de ordine iudic., an. 1477; Pragm. 18, tit. 182, id., an. 1738, § 1, n. 11: l'istanza di contrario impero nei giudizi esecutivi. Per la Sicilia v. Cap. Alphonsi, 31, 116, 117, 118; Pragm. 3, tit. II, 1519, vol. I, pag. 10.

(3) Pragm. 5, tit. X, de instantia causar., vol. I, pag. 90.

Digitized by Google

proposito dei reati a danno della giustizia (1). Chi era leso pel dolo del magistrato aveva anche azione contro di lui, oltre quanto disponevano le leggi in materia di sindacato.

33. Nè ignorò la procedura antica l'opposizione di terzo, e come aveva ammesso l'intervento volontario in causa a favore del terzo, così fu consentito allo stesso terzo che non avesse voluto o potuto intervenire in un dato giudizio, l'opposizione contro la sentenza emanata, qualora questa pregiudicasse i suoi diritti. La prima origine di questo rimedio va trovata nel can. 17 *cum super*, X, *de sent. et re iudic.*, II, 27, che la Glossa valutò come una novità e che in conseguenza dichiarò *multum difficilis*, sia per la materia, sia per le complicate discussioni a cui tosto diede luogo. Certo i commentatori molto vi scrissero sopra e specialmente papa Innocenzo IV (2): ma anche prima dei canonisti una trattazione per quanto sommaria avevano fatto i civilisti, e le prime linee precise trovansi in Durante; cosicchè anche la sua sistemazione è opera della scienza romano-canonica, quindi italiana. Se il nostro Codice l'ha copiata dal francese e se l'opposizione di terzo è detta prodotto straniero, ciò è conseguenza di quell'oblìo in cui caddero la nostra dottrina antica e le nostre tradizioni giuridiche, quando si venne all'opera di codificazione.

Spetta ai civilisti italiani il merito di aver riconosciuto alla *tertia persona* il diritto di appellare *pro suo interesse* e di aver dato inizio ad una teoria in proposito, avendo precisato la nozione di questo suo interesse e quello che possa fare per impedire l'esecuzione della sentenza, e come possa appellare anche *si sua appellatio sit tertia a sententia dum tamen ipse non appellaverit sed litigaverit per dolum*. A lui appellante non pregiudica la rinuncia dell'appello fatto dalla parte in causa. Tali concetti accolsero e riprodussero i canonisti (3). Azone e Odofredo avevano scritto: *tertius pro interesse suo non auditur post sententiam nisi in causa*

(1) Stat. di Firenze, 1429, III, 76; Corsica, II, 72. Le parole *facere litem suam* avevano un significato molto largo, applicandosi al giudice che ometteva la condanna nelle spese, che rifiutavasi ascoltare le parti, che smarriva un documento, che male giudicava, che pronunciava sentenza nulla, ecc. BARTOLUS, ad l. 40, Dig., V, 1; l. 1, Cod. VII, 43; l. 29, Cod. II, 4; BALDUS, in Cod. VII, 49.

(2) INNOCENTIUS IV, *Lect. in Decretalia*, c. cum super, 17, II, 27.

(3) FELINUS e ABBAS PANORM., in c. 1, X, de sent. et re iudic., II, 27; in c. I, VI, de accus., V, 1.

Digitized by Google

appellationis. Più diffusamente Bartolo aveva precisato la nozione del *suo interesse* da parte del terzo *qui etiam poterit appellare a secunda sententia contra victum* (1), e con tal diritto anche se nella sentenza appellata fosse precluso l'appello (2); come può un terzo *pro suo interesse appellationem interpositam a tertio prosequi*: soltanto deve motivare (*causam inserere*) come se si appellasse da interlocutoria (3), presentando nuovi testi (4): e inoltre: il terzo può appellare da sentenza pronunciata in appello e anche contro tre sentenze conformi (5). E così scriveva Baldo (6); e tali insegnamenti furono riprodotti P. de Ferrariis (7), da Maranta (IV, dist. 9), ecc.: e restò stabilito che il terzo potesse opporsi all'esecuzione della sentenza, anche se era emesso *mandatum de exequendo*, prestando giuramento del suo interesse e poi provando.

Al sec. XVI l'intervento del terzo era senza limiti ammesso in quei giudizi detti universali, cioè contro tutto l'asse patrimoniale dell'appellato (8). Fu opera della dottrina del sec. XVII l'aver distinta l'opposizione di terzo in facoltativa e necessaria, principale e adesiva. Di regola il valersi dell'opposizione era una facoltà a cui il terzo poteva rinunziare, riserbandosi o il diritto di agire *ex novo* contro lo stato giuridico consacrato dalla sentenza o quello di eccepire la regola: *res inter alios acta*. L'opposizione presentavasi con libello entro i termini stabiliti per gli appelli; si portava avanti al giudice di secondo grado anche se questi si era limitato a confermare la sentenza di primo grado o aveva rigettato l'appello; si svolgeva un nuovo giudizio, durante il quale era sospesa l'esecuzione della sentenza impugnata. La sentenza che chiudeva il giudizio riformava la sentenza impugnata nei riguardi del terzo opponente: se respingeva la domanda, lo condannava alle spese e a una pena (9).

---

(1) Ad l. a sententia, Dig. de appell., n. 7, vol. VI, pag. 197.

(2) Ad l. 1, § interdum, Dig. a quibus appell., n. 4, vol. VI, pag. 201.

(3) Ad l. a sententia, cit.

(4) Ad l. cum lite, Dig. iud. solv., n. 11; l. si perlusorio, Dig. de appell., vol. VI, pag. 101, 198.

(5) BARTOLUS, in l. 5, Dig. de appell., XLIX, 1, vol. VI. pag. 198; ALEX. TARTAGNA, in l. 14, id.

(6) *Lecturae* in l. 20, Cod. de evict., VIII, 45.

(7) *Practica papiensis*, form. appell. a sent., pag. 189.

(8) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. II, c. 4; SURDUS, *Decisiones*, lib. II, dec. 335; SCACCIA, *De iudiciis*, lib. II, c. 7.

(9) TUSCHIUS, *Conclus.*, v. Tertius; ALTIMARIS, *De nullitate*, rub. 4,

Digitized by Google

34. Dal diritto canonico (c. 3, Clem. de appell., II, 12) derivò un appello estragiudiziale, cioè indipendente da una controversia vera e propria, oppure accordato se e in quanto non fosse possibile impiegare le forme ordinarie di appello (c. 1, 8, in VI, II, 15). Anche a Roma si davan casi, come nella *datio tutoris*, nei quali era possibile reclamare allo stesso magistrato che aveva emesso un provvedimento avente carattere di funzione di polizia piuttostochè di giurisdizione (1). Tale reclamo si ripetè nell'ordinamento disciplinare della Chiesa che certo non si ispirò alla legge romana, ma in modo indipendente riconobbe la necessità in cui trovavasi un *oppressus seu iniuste gravatus* di far riesaminare il gravame che gli era inflitto, ricorrendo direttamente al papa. A tale esame era dato il nome di appello ma in senso largo (2), intendendosi non solo la *relevatio sententiae* ma anche quella *gravaminis... praetextu iniqui gravaminis* (Tancredus, IV, 5, § 1). Invocare il giudizio del papa o la protezione di lui, laddove non era pronunciata sentenza, era un *appellare extra iudicium*, e così lo definivano la Glossa al c. 5, X, II, 28, e la dottrina (3), appello *non iudiciale vel quasi imo omnino extraiudiciale* (4), a cui per es. ricorrevano quanti si sentivano pregiudicati in materia di elezioni fatte da vescovo. Esso compivasi con una *provocatio ad causam*, cioè con citazione generale *in scriptis* o *crida*, come la dice Giovanni di Andrea, affinchè ogni avente scienza di impedimenti alla elezione si presentasse, o, quando temendo la potenza dell'avversario non osasse presentarsi, avesse notizia della intimazione (5). Tale appello fu ammesso nella pratica laica nel reclamo all'imperatore o al Principe (6).

---

qu. 5. Per Napoli v. CARLEVALIUS, *De iudiciis*, lib. I, tit. 30. Pel Piemonte, AB ECCLESIA, p. I, obs. 161.

(1) WEISMANN, *Die Festellungsklage*, 1879, § 20, pag. 79; COGNETTI DE MARTIIS, *L'appello extragiudiziale nel suo svolgim. storico*, in *Atti e Mem. d. R. Acc. virgiliana di Mantova*, III, 1910.

(2) L'espressione *extra iudicium* è in c. 5, X, II, 28; c. 1, in VI, II, 15; c. 10, 41, 44 in VI, I, 6; *appellatio extraiudicialis*; in c. 3, Clem. II, 12. Aveva luogo *in electionibus, provisionibus*, ecc.

(3) INNOCENTIUS IV, *Comm. in Decretalia*, c. 5 e 34, de appell., II, 15; HOSTIENSIS, agli stessi can.

(4) Gloss. gravatum ad c. 8, in VI, de appell., II, 15.

(5) c. 11, X, de appell., II, 28; Glossa Extraiudicialibus, ad c. 8, in VI, de appell., II, 15; c. 19, 20, 38, 41, in VI, de elect. I, 6.

(6) BARTOLUS, ad l. 7, Dig. de appel. recip., n. 5 e 6, vol. VI, pag. 201;

Digitized by Google

§ 4. *Rimedi alle sentenze penali.*

35. Leggendo nelle opere degli antichi criminalisti quanto abbondanti e ben costruiti fossero i mezzi per la difesa degli imputati anche dopo la condanna, si dovrebbe essere più indulgenti verso le generazioni passate e modificare i comuni apprezzamenti non solo sulle pene disumane, ma anche sulla mancanza delle più necessarie garanzie nel corso delle procedure. Contro ogni sentenza è riconosciuto il diritto di appello, di reclamo, di revisione, di revocazione, e l'elenco delle nullità non è inferiore a quello per le sentenze civili: e tutti questi rimedi devono sollecitamente esperimentarsi, perchè la verità sia palese e il reo non maceri nelle carceri. Ma se tale era la dottrina, e ciò sia notato per l'onore dell'umanità, fino a qual punto la pratica era diversa?

L'appello è consacrato nelle leggi municipali del sec. XIII e nella dottrina più antica. Per lo Stat. di Pistoia del 1284 ogni sentenza civile o criminale *possit appellari vel retrodari vel dici ipso iure nulla*; e l'appello era presentato al giudice superiore o agli anziani: *a sententiis et condempnationibus civilibus seu criminalibus per capitaneum possit appellari ad anzianos*. Queste poi erano irrevocabili se pronunziate con due terzi di voti. Gli anziani potevano chiedere consiglio a sapienti della città o di fuori, di nascosto o palesemente. Definitiva era anche la sentenza del podestà: *nulla sententia lata a potestate super aliquo maleficio vel quasi tractetur seu revocetur per capitaneum vel per eius iudicem seu per anzianos pretestu ordinis solemnitatis omisse dum modo de crimine seu maleficio legitime constiterit probatum fuerit* (1).

L'appello competeva non solo al condannato, ma ai parenti suoi e per di più a chiunque: *quisque potest appellare pro damnato*: *quisque appellare potest pro eo qui abavagliatus ducitur ad supplicium*, e il giudice prudente non si indugi a informarsi chi sia l'appellante: così Bartolo (2), e nello stesso senso è Baldo (3). E perchè il condannato potesse liberamente esprimersi, le Costit.

MARANTA, VI, 2, n. 278; PHIL. DE FRANCHIS, ad c. 51, X, de appell., n. 17; SCACCIA, *De appellat.*, qu. 2, n. 38.

(1) *Breve Pistorii*, 1284, ed. ZDEK., II, 42, 68, 95, 97, 106.

(2) Ad l. non tantum, Dig. de appell., vol. VI, pag. 197.

(3) Ad l. furti, § sed si furti, n. 12, Dig. de his qui not. infam., vol. I, pag. 167.

Digitized by Google

egid. (V, 19) contenevano la seguente disposizione: *nullus personaliter seu corporaliter puniendus ducatur ad scenam patibulum seu locum ubi fuerit puniendus ore obturato vel aliter impeditus quominus possit loqui aperte seu facie cooperta taliter quod aperte appellare non possit.* Se questa prescrizione era violata e non poteva parlare, chiunque poteva appellare per lui.

Angelo de Gambilionibus attribuisce il diritto di appello *per quemcumque de populo etiam non coniunctum quia homo homini tenetur propter humanitatem*, e se il condannato all'estremo supplizio ha fretta di finirla e non appella, l'esecuzione deve esser sospesa, ed ogni terzo può proseguire l'appello (1). Lo stesso scrittore riconosce l'appello o la *reductio ad arbitrium boni viri* nel caso di pena straordinaria (pag. 266). Secondo Ippolito de Marsiliis, non deve privarsi dell'appello *ubi gravamen est notorium*, anche se lo statuto ne facesse divieto (2): e secondo Belviso contro la negata quarta dilazione è legittimo l'appello (3). Dunque lo stesso condannato o un terzo può appellare contro qualsiasi condanna, nello stesso modo che può recedere, e la rinunzia è ritenuta equipollente a confessione.

Tale il diritto: la pratica si presenta con diverso aspetto e più rispondente a quella anarchia o illegalità costituzionale che fu la caratteristica dei Comuni italiani, ove la legge serviva solo pel partito al potere: ecco vedesi il diritto di appello negato nelle condanne pronunziate nei reati politici, contro ribelli, in occasione di sedizioni, violenze, eccessi, tumulti, offese recate alle autorità, soci e familiari, contro quelli che a forza entravano nel palazzo e turbavano le riunioni, contro i parenti dei chierici che impetravano lettere in odio al Comune, o che non pagavano le imposte e gabelle pubbliche (4). E una volta introdotte le eccezioni, la porta si allargò sempre più: non si può appellare da condanna al bando, da sentenza fondata sul notorio (5), da quelle in materia di sindacato (6), per reati gravissimi, atroci, ovunque

(1) ANG. ARETINI, *Tract. de maleficiis*, Ven., 1598, pag. 360.

(2) *Tractatus de quaestionibus*, Lugd., 1537, f. 25.

(3) IACOBUS DE BELLOVISU, *Practica iudiciaria*, 1526, f. 30.

(4) Breve Pistorii, II, 42, 97, 106, 109, 124, 129, 136, 175, 182; Stat. potestatis Com. Pistorii, 1296, III, 153; IV, 133, 137.

(5) NELLUS DE S. GEMINIANO, *De bannitis*, nel *Volumen omnium tract.* di ZILETTI, 1570, pag. 214; GHIRLANDUS, *De relax. carcerat.*, id., pag. 303.

(6) Breve Pistorii, II, 182, 197, 200, 203, 204, 207, 211.

Digitized by Google

si è proceduto *ex abrupto, velo levato* e dove la pena capitale debba infliggersi senza indugio. E a Venezia nel 1531 e 1549 tutte le sentenze criminali furono dichiarate inappellabili, finchè nel 1604 si venne a miglior consiglio, e l'appello fu di nuovo introdotto nella pratica processuale (1).

L'appello era fatto dal condannato a voce o in iscritto, personalmente o per mezzo di procuratore, il quale non interveniva nella causa di prima istanza, ma sì in quella di gravame. Il condannato non era posto in libertà provvisoria (2), mentre lo era prima della sentenza, se appellava dall'incarceramento o da una interlocutoria o dopo avèr provato la innocenza. Il condannato dal podestà per maleficio non era ammesso a esercitare l'appello se prima non dava la sicurtà *de stando mandatis d. potestatis de solvendo* la pena in cui era stato condannato (3). Anche in Venezia l'appellante non era dismesso dal carcere se non prestava cauzione (4).

Accordato l'appello, il giudice rilasciava gli apostoli, come nel civile, sospendendo l'esecuzione della sentenza. Angelo de Gambilionibus rivolge al giudice queste miti parole: *tu autem iudex sis docilis et non protervus in admittendo appellationem.* Non accogliendo l'appello da pena capitale ed eseguendola, incorreva nella pena dell'ultimo supplizio (5). In modo generale ogni appello era ammesso colla clausola *si rei non fuerint confessi et convicti* (6). Quindi era escluso in questi due casi, come pei reati notori, enormi, di lesa maestà.

36. La dottrina posteriore modificò alcune di queste regole: la grande criminalità, la spietata persecuzione contro gli accusati e gli inquisiti, la prevenzione di reità verso i sospetti o denunziati, il proposito di atterrire come mezzo di prevenzione spingevano a far seguire l'esecuzione alla condanna senza lasciar tempo all'esercizio di rimedi procedurali. Perciò certo criminalista Blanco scrive: appellare è fare ingiuria al giudice (7); altri disse: doversi

(1) Leggi crimin. del dominio veneto, pag. 86.

(2) Costit. egidiane, VI, 10; BARTOLUS, l. ab exec., Cod. quomodo appell., vol. VI, pag. 204.

(3) Breve Pistorii, II, 68.

(4) Leggi crimin., pag. 86.

(5) Cap. Caroli II, quod recipiatur sent.

(6) Pragm. 4, de appell., 1541; R. dispacci, 1763.

(7) *De indiciis*, n. 148, in *Volumen praeclar. omnium tract. crimin.*, ed. ZILETTI, Venet., 1570.

Digitized by Google

rispettare lo statuto vietante appello: e nelle riforme degli statuti si estesero i divieti (in caso di eresia, di banditi, di violazione di leggi annonarie, di omicidio, veneficio, adulterio, falso nummario, di rei convinti e confessi volontariamente) (1): si escluse che altri potesse appellare invece del condannato (2); se ne limitò il tempo (3). Nè mancarono gli estremisti a sostenere che le sentenze criminali essendo *de imperio* non potevano modificarsi.

Tali eccessi furono riprodotti nelle leggi o vietanti appello per tutte le sentenze (4), o solo, come a Venezia, per quelle *ad inquirendum*, per le quali *ben si possa andar per via di gratia* (5): e Claro (§ fin., quest. 99) ci informa che nel Milanese e Stato pontificio *et fere per totam Italiam in criminalibus sit sublata facultas appellandi*, e solo rimedio essere la revisione per grazia, il ricorso per gravame e la supplica. E Claro aveva ragione, perchè così era la pratica nel Milanese, a Roma e a Napoli nelle cause di omicidio o quando la pena era eccezionale, o la relegazione e l'esilio. Restava così ammesso in pochi casi e solo col deposito di cauzioni e delle spese (6). Va però notato che i tribunali inferiori non avevano competenza in tali reati e nell'irrogare tali pene, riservate alle regie Udienze nell'Italia meridionale, alle Quarantie nel Veneto, ai prefetti o al Senato nel Piemonte, ecc.: che i tribunali inferiori dovevano rimettere ai superiori le cause gravi: nel Napoletano le stesse Udienze non potevano eseguire sentenze di condanna al carcere se prima non erano riconosciute dalla G. Corte criminale (7); che tale limitazione era imposta a tutte le sentenze delle curie baronali (8): norme ancora consacrate nel Cod. giuseppino per molti gravi reati: « la sentenza tanto assolutoria che di condanna deve sottoporsi al giudice superiore » e così anche per reati minori « quando si appoggia soltanto sul concorso delle circostanze... o

(1) NELLUS DE S. GEMINIANO, *De bannitis*, p. IV, id., pag. 214.

(2) IOAN. ANT. RUBEUS, *De potestate procuratoris*, id., pag. 12, 22.

(3) GHIRLANDUS, *De relaxatione carceratorum*, qu. 1, n. 12, id., pag. 303; BALDUS DE PERUSIO, *De carceribus*, id., pag. 305.

(4) Statuta decreta Rainutii Farnesi, Parma, 1684, c. 63; Pramm. sarde, ed. VICO, X, 6.

(5) Stat. venet., 1609, decreta an. 1466, pag. 55.

(6) Stat. di Gubbio, 1685, III, 14; Brescello, III, 6; Belluno, 1747, III, 9.

(7) R. dispacci, an. 1733; GATTA, XI, 456.

(8) Pragm. sic., 1751, tit. II, de iudiciis, vol. IV, pag. 37.

Digitized by Google

quando si trovi di dover proporre una mitigazione della pena legale » (1).

Va pure riconosciuto che la dottrina italiana pur timidamente andò contro agli eccessi delle leggi e della pratica; e che quegli stessi scrittori, come Farinaccio, in fama di severità non esitarono a sostenere i diritti della difesa, ammettendo l'appello anche nei casi di lesa maestà e chiedendo pene pel giudice che negava gli apostoli, se l'appello avesse qualche motivo di ragione. Si diceva: lo statuto non può sopprimere ciò che è di diritto naturale (Ang. Aretino e Alberico da Rosate), e Scaccia affermava che fosse lecito appellarsi da sentenza futura, quando poteva temersi un danno irreparabile e da non redimersi con appello posteriore. A norma di tal dottrina gli stessi magistrati inferiori, in qualche straordinaria urgenza, lasciavan lettere di futuro appello all'autorità della dominante, dichiarando sospesa la loro sentenza colla clausola *nil interim innovando* (2). La stessa dottrina sosteneva il diritto di appello pel convinto e il confesso sotto la tortura (3).

37. Era conosciuto l'appello del fisco contro le sentenze assolutorie: così in Venezia quando la pena sembrasse troppo mite, e nelle pene pecuniarie se parte spettava ai rettori delle città. Anche a Napoli vi era il ricorso in caso di assoluzione (4). Brevi i termini a discutere l'appello, da un mese a contare dal dì in cui gli atti eran presentati al giudice *ad quem*, a un anno, prorogabile a Napoli fino a tre (*Ritus*, 6, 25) con facoltà di produrre nuovi testi; il che era negato al fisco. La repulsa dell'appello era espressa colla formola: *bene iudicatum, male appellatum, exequatur et intimetur*. Come al giudice era riconosciuto di poter sentenziare *in criminalibus arbitrio* e non era *adstrictus iudicare secundum leges*, così era in appello ove le pene potevansi diminuire e anche crescere; ma i giuristi; dicevano non arrivare fino alla pena capitale (5).

---

(1) Cod. di tutte le leggi ecc., Proced., § 169; Cod. di Carlo Felice, 2249.

(2) FARINACCIUS, q. 101; SCACCIA, *De appell.*, qu. 13, n. 100 e qu. 17, limit. 47.

(3) Ciò era negato per le Costit. egidiane, VI, 3 e per le Costit. di Pio IV e le riforme di Pio V.

(4) Costit. egid., VI, 7; Stat. di Ravenna, 1590, II, 3; Fiume, II, 16; Corsica, II, 15; NOVARIUS, *Collect. in Pragm.*; DE ROSA, *Praxis crimin.*, p. I, c. 9.

(5) Così si esprime anche lo Stat. di Verona, 1450, III, 115.

Digitized by Google

38. Anche nel criminale era ammessa la revocazione della sentenza, suscettibile di essere corretta non *in peius*, cioè il giudice poteva mitigare la pena. La revocazione era chiesta su istanza (di *contrario impero*) entro due anni dalla sentenza, presentando nuove prove: se queste non rispondevano all'effetto desiderato, la condanna era non solo mantenuta, ma aggravata. I giudici di loro iniziativa potevano ritrattare la sentenza, interpretarla, emendarla: ma non gli inferiori, i quali, riconosciuto l'errore dovevano ricorrere al principe. Gli antichi però pensavano di essere ciò in facoltà di tutti *si superveniat dictum magisperitorum* e di non aver d'uopo ricorrere al principe se la sentenza fosse notoriamente iniqua o l'accusatore si ritrattasse (1). Durante l'epoca comunale abusi straordinari si commettevano in questa materia, e luce sinistra gettano sull'ordinamento della giustizia le seguenti parole dello Stat. di Perugia del 1342 (III, 42): *per ordinamento aureo statuimo che la Podestà e 'l capitanio e i iudesi non possano odire alcuno et quali dicesse essere commesso iniqua overo nulla.* Che si intendeva con ciò? Lo dice la rubrica. Era uso che i podestà scadendo di ufficio annullassero le sentenze pronunciate. Fosse che temessero il sindacato o volessero favorire amici o propiziarsi il voto di avversari, non esitavano a cancellare le condanne: e così col broglio, la corruzione e le minaccie delle fazioni allargavasi il varco alle impunità. La dottrina però respingeva tali aberrazioni. La revoca era giustificata solo per errore o per prove dimostrate false.

39. Rimedio supremo per le sentenze dei tribunali superiori era la *supplica in gratia* (2), che portava alla revisione del processo per aule riunite (3). Presentavasi a Napoli alla G. Corte criminale, in Sardegna al S. Consiglio del Vicerè, a Roma alla Curia capito-

(1) HYPOL. DE MARSILIIS, op. cit., foglio 51, 81.

(2) Pragm. 7, de appell. La differenza fra ricorso e appello era però solo nelle parole e nei termini entro cui presentarli. Così in Sicilia pel Capit. 251 di Alfonso, 101 di Filippo I, c. 45, di Ferdinando II. Ciò fu anche confermato dalla Pramm. di M. Ant. Colonna, de revisione, pag. 35, § 1, 2, 3. Vedi anche Sicul. Sanction., I, 442, 506; IV, 399; V, pag. 271; VI, 424; Pragm. sic. 35, § 36, tit. 53, vol. II, pag. 512, an. 1618.

(3) Carlo V, cap. 167, 168: il detto Regno supplica di nominare sei giudici per conoscere delle cause delle seconde appellazioni. CLARUS, § fin., qu. 94; SCACCIA, *De appell.*, qu. 17; *De iudiciis*, lib. I, c. 97; SCIALOIA, *Praxis foroiudicat.*, c. 1, n. 40; DE ROSA, *Praxis crimin.*, p. I, c. 10; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, tit. 3, disp. 16.

Digitized by Google

lina, in Piemonte al Consiglio ducale, poi regio, in Toscana agli Otto di Balia, presso i quali inviavasi un *disegno*, cioè un esposto dei fatti: e le sentenze eseguivansi solo dopo la conferma.

40. I casi di nullità proposti dalla dottrina non sono per numero inferiori a quelli del civile: violazione dell'ordine processuale, difetti nelle citazioni, libello invalido, inosservanza dei termini, ecc. De Marsiliis aggiunge anche questo motivo: *sententia lata per iudicem in brevi tempore dicitur fulminatoria et non valet* (f. 109), e questo anche *si sit bene lata*. Anche la manifesta ingiustizia rendeva nulla la sentenza. Incorreva in pene il giudice a cui era imputato a sua colpa il vizio che rendeva nullo il giudicato (1). La querela di nullità proponevasi davanti ai tribunali di appello e durava 30 anni: non era ammessa per quei punti la cui decisione era lasciata all'arbitrio del giudice (2). La nullità per essere accolta doveva essere *evidens et prontuaria* (3).

41. Anche contro le sentenze criminali vi era la *rest. in integrum* competente al minore *adversus confessionem delicti*, che poteva rivocarla nei delitti atrociori o atrocissimi, ritenendosi che quanto più atroci sono tanto meno sia verosimile che il minore li abbia commessi, e quanto più atroci, di tanto cresca la pena, onde il minore è più leso e quindi più degno di restituzione. Questo rimedio non gli era concesso se alla confessione precedevano prove o indizi legittimi e sufficienti del delitto (4). Non competeva invece alle persone privilegiate, nè alle donne, nè all'accusatore (5).

Va infine aggiunto che le leggi italiane accoglievano alcune eccezioni che non direttamente impugnavano la sentenza nè tendevano ad annullarla ma solo a modificarla, minorarla, sospenderne l'esecuzione; ed erano l'eccezione di nobiltà vigente in Sardegna anche al sec. XVIII (il nobile condannato alla forca aveva il diritto di far riformare la sentenza e sostituire la pena della decapitazione); l'eccezione di immunità ecclesiastica reale e personale opponibile in qualunque parte del giudizio; l'eccezione di

(1) Pragm. napol. 52, 1738, de ordine iudiciario; Pragm. sic., 3, tit. 53; 23, tit. 3, vol. II, an. 1531; Pragm. 6, tit. 2, lib. III, vol. IV.

(2) Bossius, *De nullitate adversus sententias*; Guazzini, *De defens. carceratorum*, def. 15, pag. 316; De Rosa, lib. I, c. 12; oltre Vantio, Altimare, cit.

(3) Così la Pramm. sic. 3, tit. 53, an. 1531, vol. II, pag. 468.

(4) Sfortia Oddus, *De rest.*, p. II, qu. 65, art. 9; Cala, *De rest. in integr.*, qu. 38, n. 76.

(5) De Rosa, *Praxis crim.*, lib. II, c. 12; Sfortia, p. I, qu. 3, art. 13.

Digitized by Google

procedersi solo per querela di parte e infine quella di innocenza evidente e notoria (1). L'eccezione di immunità ecclesiastica turbò grandemente il corso delle procedure in tutta Italia ma specialmente nel Napoletano e in Sicilia, dove anche nel sec. XVII bolle di papa Gregorio XIV e di Benedetto XIII attribuivano ai vescovi decidere le cause criminali dei chierici. Nel Concordato per la Sicilia del 1728 era convenuto che nelle cause civili e criminali dei chierici esenti giudicasse il legato del papa e non il rappresentante del foro secolare (2): in quello napoletano del 1741 era detto per l'assassinio commesso da chierico che il giudice laico formasse il processo, « ma prima di procedere a sentenza aspettasse la declaratoria del tribunale misto *super qualitate assassinii* » (3). In questo stesso concordato (art. 11) è avvertito il fatto di vescovi che dopo di aver inflitto la pena della galera a vita o a tempo a chierici delinquenti « si avanzano ad assolverli con ammetterli a composizione pecuniaria, con scandalo e pericoli da parte dei parenti dell'ucciso nel vedere rimpatriare e in piena libertà l'uccisore »: ed è ciò vietato. Nel 1760 il re di Napoli e Sicilia concesse ai vescovi il permesso di procedere contro i laici nei delitti di adulterio, concubinato, incesto, stupro, lenocinio, bestemmia, col diritto però di prevenzione dei magistrati laici (4). Questi cenni bastino a provare gli inevitabili inconvenienti derivanti da tale intrecciarsi di giurisdizioni, e come le sentenze pronunciate in un foro potevano sperare o temere di essere modificate o annullate o peggiorate per l'interferenza di altre competenze.

La sentenza era anche modificata dalle composizioni o dagli accordi colle autorità. Nel Napoletano era uso condonare le pene a chi prometteva dare in potere dell'autorità giudiziaria delinquenti inquisiti o condannati per gravi delitti, oppure « contro di loro non si procedeva alle contumacie o forgiudiche, poichè come sono citati fanno comparire le copie dei guidatici... e persistono in questo ad anni ». La riforma del 1612 non abolì questa indulgenza detta *guidatico*, ma solo la restrinse ad un anno (5): la leggi del sec. XVIII si limitarono a ordinare che essa non im-

(1) MARADEI, *Tract. de poenis delictorum*, nell'append. n. 7.
(2) Capitula regni Siciliae, ed. TESTA, II, pag. 514, § 33, 34.
(3) Collez. degli atti posteriori al concordato. vol. I.
(4) Pragm. sic., an. 1760, lib. I, tit. I, vol. IV. pag. 12.
(5) Pragm. napol., tit. 86, an. 1484, 1583, 1612, de fide publica danda et observanda.

Digitized by Google

pedisse il corso dell'informazione e quella del 1785 ne rimise la concessione all'oracolo del re (1). Transazioni furono ammesse in tutta Italia fino al sec. XVII, permettendo che dopo sentenza il condannato si accordasse coll'accusatore e col fisco e finissero gli effetti della condanna (2): solo la transazione non era applicata ai rei di omicidio, falso e furto, e ciò a Napoli ancora nel sec. XVIII (3). Pratica pure del Regno di Napoli riconosciuta dalle leggi era il *truglio* per cui cadevan le sentenze di condanna a galera (solo nel 1715 non fu ammesso per la pena capitale e galera a vita) per quelli che si arruolavano nelle milizie regie (4).

§ 5. *La Cassazione.*

42. Se a rigore gli Stati italiani prima della Rivoluzione francese non ebbero un istituto da paragonare col *Tribunal de cassation*, tuttavia nel Piemonte fin dal 1600 era il Senato investito di attribuzioni nell'interpretare le leggi e nel colmarne le lacune, qualmente in Francia era proprio di quel tribunale. Si allude alla cosidetta decisione dei *casi arbitrari* o controversi rimessa alle due classi del Senato e di quei consiglieri giureconsulti designati dal principe: « la qual decisione all'avvenire come legge si osservi senza che si abbia a metter in dubbio nè chiamar revisione alcuna » (5). Molti punti di diritto eran rimessi alla *comunis opinio*, invece così varia, discorde e arbitraria: la giurisprudenza era ingombra di dottrine date *consulendo* o *legendo*. Per mettere ordine e dare norme fisse, i re di Piemonte delegarono al Senato poteri legislativi. E come di questo, altrettanto si può dire del S. Consiglio di Napoli, *cuius auctoritas me terret*, scriveva Butrigario e ripetevano altri in Italia e all'estero. Le sue decisioni facevano testo e risolvevano i dubbi delle leggi: e tali funzioni erano in altre materie adempiute dalla Rota romana. Ciò però aveva dato luogo ad abusi, sia perchè non vi erano limiti, sia per l'intervento dei poteri politici e per la facilità di allargare la serie e qualità dei casi arbitrari: e L. A. Muratori aveva lamentato che i giudici

(1) Dispacci del 13 ag. 1740, 28 ag. 1756, 29 nov. 1760, 22 genn. 1785.

(2) Ritus M. R. Curiae, 172; Stat. di Amedeo VIII, II, 81; Editto di Emanuele Filiberto, 1563; Costit. piemont., IV, 19.

(3) Dispacci 18 maggio 1737, 1739, 1740, 1745, 1785.

(4) Dispacci 3 luglio 1728, 1738, 1750, 1765, 1776.

(5) Nuovi decreti, in SOLA, *Comm. in decreta*, pag. 642.

Digitized by Google

potessero trasformarsi in legislatori, e Filangieri aveva approvato le leggi tanucciane che interdicevano ai giudici l'interpretazione delle leggi che non fosse letterale o analogica. L'abuso andava corretto; ma è un fatto che alcune di quelle facoltà proprie della Cassazione del vecchio regime francese erano da secoli esercitate in Italia dai supremi tribunali, organi giurisdizionali che cassavano e decidevano colla terza istanza e colla querela di nullità.

Dalla Francia venne una parziale novità, quando, soppresse le esistenti magistrature supreme degli Stati italiani, fu surrogato quel tribunale che la monarchia aveva costituito coll'incarico di difendere le ordinanze regie contro le inosservanze dei giudici e di interpretare le leggi. Ciò faceva da due secoli il Senato piemontese. L'innovazione fu quando di quel tribunale l'Assemblea nazionale fece un organo destinato a garantire la separazione fra potere legislativo e giudiziario, a controllare questo, a mantenere l'uniformità della giurisprudenza. In ciò stava la parte innovatrice, e con questa missione la Cassazione francese fu introdotta in Italia, colle forme proprie di una suprema Corte di giustizia.

43. Il primo tribunale di cassazione fu istituito a Milano colla Costituzione della Repubblica Cisalpina, 9 luglio 1797 (1): non giudicava in merito, annullava i giudicati per violazione di forme o per espressa contravvenzione alla legge, rinviava la decisione di merito alla autorità giudiziaria competente, interpretava la legge, cassava nell'interesse di questa.

A Venezia nel 1797 fu istituito un ordinamento giudiziario che culminava in un unico tribunale di appellazione e non faceva menzione della Cassazione: ma poi aggregata Venezia al Regno italico, 1805, la Corte di Cassazione di Milano estese la sua competenza sulle terre venete. Genova ebbe nel 1797 un tribunale di Cassazione; ma la Costituzione della Repubblica ligure del 1802 lo mutò in tribunale di terza istanza che giudicava sul merito, e di cassazione che decideva sui conflitti di competenza e sulle domande di nullità contro le sentenze inappellabili.

In Toscana alla Consulta mantenuta quando fu istituito il Regno di Etruria, fu nel 1808 sostituito il Supremo tribunale di giustizia. Anche a Lucca nel 1805 fu creato un Tribunale di revisione, di restituzione in intero e di cassazione. La Costituzione della Repub. romana, 1798, introdusse la Cassazione francese,

(1) CALAMANDREI, *La Cassazione civile nella storia e legislazione*, 1920.

Digitized by Google

che chiamò Tribunale di Alta Pretura: e così fece la Costituzione della Repubblica partenopea del 1799.

La restaurazione richiamò in vigore gli antichi ordinamenti giudiziari, e la Cassazione scomparve in Italia, eccetto che a Napoli. Però in tutti gli Stati si fecero riforme nel senso di contemperare le precedenti pratiche e le tradizioni locali coi risultati tratti dal breve esperimento delle istituzioni francesi.

Nel Lombardo-Veneto si ebbe il Senato del Supremo tribunale di Vienna, trasportato a Verona dal 1816 al 1853, anno in cui fu ristabilito a Vienna. Nel Ducato di Parma, Piacenza, Guastalla fu istituito un unico tribunale di appello e di Cassazione. A Modena un Supremo Consiglio di giustizia aveva funzioni di terza istanza, davanti il quale secondo il Codice estense di proced. del 1851 presentavasi ricorso, e la revisione aveva valore di terza istanza diretta a esaminare il giudizio di diritto e di fatto. Se la domanda del revisore era ammessa, la causa veniva giudicata in merito.

Nello Stato pontificio il motu proprio di Pio VII, 1816, ripristinava i tribunali della Ruota e della Segnatura, ma li investiva di funzioni proprie della Cassazione francese. Poi il Regolamento di Gregorio XVI, 1834, istituì tre gradi di giurisdizione: contro le sentenze di terzo grado non conformi a nessuna delle precedenti ammise il reclamo presso lo stesso giudice. Le nullità per difetti sostanziali si facevano valere per via di appello se la sentenza era appellabile: se era inappellabile, si ricorreva alla Segnatura con un ricorso per annullamento o *circonscrizione*. In queste riforme sono chiari gli influssi francesi (1).

In Piemonte fu ripristinata la terza istanza e solo nel 1841 si creò l'istituto della supplica al principe istituendo una speciale Commissione di revisione incaricata di esaminare se la supplica era fondata, e introducendo nel procedimento coll'ammissione di una controreplica una parvenza di contradittorio. Nel 1847 fu istituito il Magistrato di Cassazione secondo i concetti francesi.

In Toscana rivisse la Consulta col sistema della terza istanza, con esclusione della terza conforme, e fu istituito un Consiglio di giustizia civile di seconda appellazione cui potevasi ricorrere in terzo grado in caso di sentenza difforme dietro rescritto favorevole del principe. Le sentenze di questo Consiglio erano inap-

(1) MENESTRINA, *Il procedimento civile nello Stato pontificio*, pag. 188, 318.

Digitized by Google

pellabili; ma per mezzo di ricorso al Regio Trono potevasi supplicare dal principe la concessione di un'ulteriore revisione che aveva luogo dinanzi alla Consulta. Nel 1838 Leopoldo II trasformò la Consulta in Corte suprema di Cassazione secondo le norme francesi: e tale riforma ebbe lode come liberale, ma nuoceva a quel tribunale il fatto che era composta dagli stessi membri che formavano il Consiglio di Stato: al che si rimediò nel 1841, e la Corte fiorentina ebbe esistenza separata e distinta dalla Consulta.

A Napoli la Cassazione fu conservata col nome di Corte suprema di giustizia, salvo una breve interruzione dal 1815 al 1817, durante la quale fu ripristinata la terza istanza. Il Codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819 sancì il ricorso per annullamento a quella Corte, col carattere originario di giudizio sulla mera querela di diritto e sulla interpretazione di legge: cioè stabiliva solo in diritto e rinviava. Quando annullava la seconda sentenza in ultima istanza, faceva luogo all'interpretazione di legge. È notato però che nel Napoletano l'istituto non fu una copia del francese, ma si collegò a tradizioni proprie del foro napoletano e dell'antica dottrina italiana, in quanto si ammetteva che la cassazione poteva aver luogo ogni qual volta la sentenza fosse fondata su errori di fatto o di diritto rigorosamente dimostrabili.

Adottando il sistema della Cassazione l'Italia non era però stata supinamente pedissequa alla Francia e anzi aveva realizzato un progresso sia codificando con semplicità e chiarezza molte norme affidate in Francia alla giurisprudenza pratica, sia introducendo disposizioni nuove derivate da un'illuminata e cosciente interpretazione dello spirito dell'istituto, e in ciò si distinse la legge toscana del 1838, che rappresenta, dice il Calamandrei, quanto di meglio si sia fatto in Italia in materia di Cassazione.

Digitized by Google

CAPO XIV.

Il procedimento di esecuzione

1. Fin dall'alto medio evo, anche nei periodi di maggior indebolimento dei poteri statali, questi non abbandonarono alla azione del privato vincitore la realizzazione del diritto consacrato dalla sentenza, divenuta cosa giudicata, ma intervennero direttamente con mezzi determinati di coazione contro la resistenza che opponesse il soccombente. In tutti i periodi di civiltà e presso tutti i popoli si è sentito che senza esecuzione forzata la legge rimarrebbe vana parola e la giustizia un'ombra senza corpo. Nell'alto medio evo se alla sentenza di condanna non si obbediva immediatamente, le leggi minacciavano pene all'insolvente, oltre la perdita dei beni: la *missio in bannum* germanica non colpiva soltanto la sostanza di lui ma anche la persona, come reo di delitto verso la pubblica autorità. Dopo il mille il giudice assunse il compito di recare ad esecuzione le proprie sentenze: la esecuzione si distinse poco per volta dalla dichiarazione del diritto: ma la debolezza e l'insufficienza degli organi giudiziari restavano spesso spettatori consenzienti se il creditore procedeva direttamente alla esecuzione. Il giudice si limitava alla esteriore constatazione della legittimità del procedimento in cui dovevansi seguire le formalità determinate dalla legge (1).

L'esecuzione presuppone uno stadio di perfezione nell'organismo politico e una vigoria nel potere centrale che solo lentamente attuarono i Comuni nell'alta e centrale Italia e le monar-

(1) B. Galli, *Il sistema della giurisdizione esecutiva*, in *Archivio giuridico*, LXXXIII, 1909, pag. 62.

Digitized by Google

chie nel Mezzogiorno. Nei primi tempi del Comune, quando esso fu investito dei poteri giurisdizionali, non poche rinunzie dovè fare l'idea giuridica romana rinascente in favore dell'intervento privato per l'esecuzione delle sentenze, e ancora si dovè ricorrere alla *missio in bannum* nel caso che il condannato non obbedisse volontariamente all'ordine della *missio in bona*. Riusciti vani gli atti di *appellatio* e di *contestatio* ripetuti per tre volte, non restava che espellerlo dal fondo e ancora in ultimo dalla comunione politica; e quindi mentre si procedeva a confisca dei beni, si puniva la persona per l'offesa all'ordine del giudice. In conseguenza si faceva assegnamento per l'esecuzione delle sentenze civili su quei mezzi adoperati contro la criminalità, cioè il bando e la confisca. Ma appena raggiunto un regolare assetto, i Comuni si volsero a disciplinare l'esecuzione forzata per rispondere alle esigenze di più elevata civiltà, alle più complesse relazioni nel dare e nell'avere, dipendenti dall'attività commerciale e dagli oneri gravanti la proprietà fondiaria. Si imponevano misure per rendere sicuri e spediti i diritti dei creditori e per mantenere il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi dei debitori; e istintivamente si sentì la necessità di regolare l'uso della forza sicchè fosse ausilio e compimento del diritto, di conciliare le garanzie del credito e quelle della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costruire e svolgere la pubblica ricchezza. Ecco il problema che di buon'ora si presentò agli Italiani e che dal sec. XIII in avanti si proposero sciogliere.

Le norme esecutive degli statuti, varie e multiformi, rispecchianti le peculiari condizioni economiche e politiche, sono generalmente formulate distinte da quelle dichiarative del diritto, ma nei più antichi si trovano disperse con quelle che prescrivono le funzioni degli ufficiali giudiziari nella vendita dei pegni. Chiaro però è il concetto che « l'esecuzione interessa la comunità intera e che il giudice ha l'obbligo di curare di propria iniziativa l'attuazione concreta del diritto e di soccorrere la parte per ottenerla. Anzi qualche statuto proclamava l'ingerenza del giudice fino a un punto in cui nessuna legge moderna potrebbe seguirlo, tanto che scompare l'individualità della istanza esecutiva, e la esecuzione è avviata senza la domanda del creditore che si pensa contenuta nel libello originale » (1).

(1) Queste giustissime osservazioni sono di GALLI, op. cit., pag. 69,

Digitized by Google

In virtù della grande cura che le legislazioni italiane posero per superare le difficoltà inerenti al procedimento di esecuzione, l'Italia potè anche in questa materia avere la soddisfazione e il merito di vedere il suo, dopo il secolo XVI, preso a modello e adottato almeno parzialmente, in Francia, Spagna e Germania. Era un'esecuzione in gran parte nuova, perchè nulla aveva preso dalla legge canonica e poco anche dalla romana, perchè quello che vi appare sotto veste o dicitura romana, non ne ha che l'apparenza, è dovuto a quei pregiudizi di scuola che volevano tutto accreditare coll'autorità della sapienza romana. E più che della dottrina il procedimento esecutivo italiano è prodotto della legge, cioè della esperienza. Non solo i Glossatori ma gli stessi procedu-ristì antichi si astennero dall'esporre tale materia. Maranta giustifica la sua succinta trattazione dicendo che la materia della esecuzione è sparsa in troppi titoli. Soltanto dopo il sec. XVI, dopo cioè che le leggi locali avevano indicato i modi di esecuzione, vennero i giuristi a trattarne prendendo per argomento i titoli esecutivi, le opposizioni e domande di separazione, le perizie e le facoltà accordate al giudice, l'espropriazione, le ipoteche, le graduazioni.

Si è detto che ogni Stato aveva il suo procedimento esecutivo, e ciò rendeva anche impossibile il formarsi di una giurisprudenza uniforme, e quindi anche quelle opere che dal 600 in poi ne trattano, hanno un carattere peculiare e unilaterale: ciò valga anche pel libro di Asinio, il primo che cercò comporre una trattazione sistematica, ove certo trovansi regole inseparabili dal concetto di esecuzione forzata, ma altre ve ne sono esclusive per la Toscana [1]. Lo stesso dicasi pel Della Chiesa o Sola piemontese, pel Moscatello o Carlevalio napoletani. Ogni Stato aveva le sue regole basate su inveterate tradizioni e tanto radicate che nemmeno l'importazione delle leggi francesi per quanto momentanea riuscì a cancellare. Passata la dominazione straniera, il Piemonte tornò alle sue regole che eran quelle sancite dalle sue regie Costituzioni, quelle, per es., che obbligavano il creditore espropriante a fare

---

il quale si riferisce allo Stat. di Vercelli, c. 168, cit. da MENESTRINA, *Accessione nell'esecuzione*, Vienna, 1904, pag. 86.

[1] Si allude al fiorentino Asinio, che nel 1602 pubblicò un *Tract. de executionibus et processibus executivis*. Prima la materia è appena indicata da Maranta, da Pietro de Ferrariis e da Lanfranco da Oriano.

Digitized by Google

un'offerta, esponendolo ad acquistare suo malgrado l'immobile del debitore e che nel contempo sacrificavano all'impotenza o all'avidità altrui i creditori non aventi mezzi di acquisto: Napoli tornò ad imbrogliare l'esecuzione nelle spire delle perizie e controperizie e nel riaprirsi di giudizi ad ogni atto. La seguente esposizione indicherà i vari tentativi dei legislatori italiani dal sec. XIII al XIX, per tutelare il credito col maggior possibile riguardo al debitore, e mostrerà come in tutti i secoli leggi, giurisprudenza, dottrina siansi affaticate per eliminare gli inconvenienti che si può dire essere inseparabili da qualunque sistema escogitato di esecuzione.

§ 1. *L'esecuzione privata e convenzionale.*

2. Al sec. XII l'esecuzione privata sulla persona e sui beni del debitore non era scomparsa. Quella sulla persona, emersa nella barbarie medievale, in seguito al dissolversi dei pubblici poteri, poi ammessa e tollerata dalle leggi, venne riconosciuta negli statuti nizzardi del 1274, *de reddenda persona debitoris*: alla sua dichiarazione di non poter pagare, *consules teneantur reddere personam debitoris ipsi creditori ut ipsum teneat in sua potestate quousque solverit*, a meno che non si provi che l'insolvenza non è dolosa ma provocata da infortunio (1). La disposizione si collega alla natura dei prestiti allora più in uso; prestiti cioè di consumo a lavoratori di campi o ad artigiani, anticipazioni di sementi, derrate alimentari e simili, che si avrebbero dovuto concedere senza interesse (2). La restituzione vuolsi sia inderogabile; e non potendo farla, il debitore estingua il suo debito con prestazioni di servizio. *Servire debeam*: è clausola molto frequente nei contratti dell'alto medio evo (3), e con tali patti si alimentò e crebbe il servaggio della gleba. E lo poteva tenere presso di sè

(1) Rub. 107, in *H. p. Mon. Leges*, pag. 72. Così anche ad Aosta, 1188-1252, id., pag. 346.

(2) Su questi prestiti vedi gli insegnamenti di Alessandro di Hales, Raimondo di Pennafort, ecc. in SALVIOLI, *L'economia medievale e le dottrine economiche nella scolastica pretomistica* negli *Atti e Mem. dell'Accad. di scienze morali e politiche*, Napoli, 1924 e nel III vol. dell'*Anuario de historia del derecho espanol*, Madrid 1927.

(3) Vedi doc. in SALVIOLI, *Studi sulla storia della proprietà fondiaria in Italia*: *La proprietà fondiaria nell'agro modenese durante il medio evo*, negli *Atti e Memorie della Società di storia patria di Modena*, vol. XI, 1917.

Digitized by Google

e adibirlo a opere, oppure farlo chiudere nelle carceri. A questo proposito è da notarsi il seguente patto fra Genova e Alba del 1256 per l'esercizio della mercatura: *si debitor confiteatur debitum, nisi idonee satisdederit de solvendo, ad praesens statim capiatur personaliter, et filii eius masculi, et tradantur creditori et conducantur secure extra districtum Albe a qua parte voluerit creditor vel detineantur in carceribus latronum ad voluntatem creditoris, ita quod creditor habeat electionem de duobus: velit debitorem et filios detineri in carceribus latronum*: nè qui finisce, perchè se il debitore fuggirà dalle carceri, risponderà del debito il Comune che ha malamente custodito (1). Il debitore adunque veniva preso e consegnato al creditore, dopo di essersi giudizialmente accertato il credito. Qui trattasi di forestieri; ma è certo che tal procedimento doveva essere quello normale verso i debitori cittadini; il che risulta dalle posteriori disposizioni statutarie vietanti, come si dirà, l'arresto privato. I debitori forestieri erano trattati come i cittadini, cioè consegnati ai creditori; e tale eguaglianza, sulla base della reciprocità, era prova dei buoni rapporti di amicizia fra città e città, come l'attestano le clausole inserite nei trattati commerciali stipulati nel sec. XII fra Venezia, Mantova, Ferrara, Bologna, Verona per assicurarsi non solo le vie del traffico ma la regolarità degli scambi. Vi si pattuiva che i debitori insolventi e condannati con sentenza dei consoli di questa o di quella città fossero consegnati ai creditori: *persona tradatur*: *personae dabuntur eis quibus iudicati fuerint* (2). Era questo il diritto comune del tempo. Altre città chiedevano invece il privilegio che i loro nazionali non potessero *capi vel poni in carcerem* prima di regolare giudizio, qualora dessero cauzione idonea *standi ad rationem* (3).

Nè ciò incontrava l'avversione dei giuristi che ammettevano chiunque potersi mettere al servizio di altri, e anzi Durante riconosce che il creditore *qui prius obtinuit per sententiam* possa

(1) Liber iurium reipub. Genuensis, *Mon. h. p.*, II, pag. 1230.

(2) an. 1107, fra Venezia e Verona; an. 1191 fra Venezia e Ferrara; 1192 con Mantova, ecc.; MURATORI, IV, 358, 447; CIPOLLA, *Doc. per storia d. relaz. fra Verona e Mantova*, in *Bibl. historica italica*, 1901, pag. 295; *Trattati commerciali del sec. XII*, in *N. Arch. veneto*, 1898, pag. 481; MINOTTO, *Acta et diplom. veneta*, III, p. I, pag. 43 e segg.

(3) Tale il privilegio che nel 1200 Federico II concesse ai Genovesi per tutto il suo territorio: HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. dipl. Frider.*, I, pag. 64.

Digitized by Google

prendersi come servo il debitore *pro noxa* (II, *de appell.*, v. sed servus); e Bartolo accenna espressamente a una forma di servitù usata in Toscana al sec. XIV, a un *servitium debitum*, cioè a prestazioni di lavoro per estinguere obbligazioni (Cod. VII, 71). Poi verso il *debitor pauper* vi erano norme in questo senso: cioè *prius carcerari debet* ma può anche *luere in corpus*, cioè *potest cogi ad praestandas operas et servire creditori ut ei satisfaciat* (1). Nè diversamente scrive Baldo: il creditore può obbligare il debitore a scontare il debito con servizi (2): e tal servo non è infame ma *sine fama*. Ma vi è di più, perchè il creditore gli può anche di fatto togliere la libertà; e la Glossa prima e poi Baldo dichiarano eseguibile la cattura privata di chi si era obbligato *ad carcerem privatum* in caso di insolvenza (3). Dunque anche pei giuristi era conforme a diritto che il creditore si prendesse in consegna il debitore per adibirlo a servizi, qualora non preferisse farlo carcerare. E si era al sec. XIV.

Però tanto essi quanto gli statuti e i citati trattati presupponevano un'azione giudiziaria del creditore e un precetto del giudice di pagare: ma sembra che non fossero molto remoti i tempi nei quali il creditore cominciava dal mettere le mani sul debitore (*debitorem capere sine iussione*), sia perchè scontasse il suo dare con servizio o per presentarlo al giudice o al carceriere. Se così non fosse, non avrebbero ragione i divieti dello stat. di Pistoia, 1117, e di altri paesi di Toscana: *nemo capiatur sine iussione consulum*: *nemo capi debet antequam iudicetur* (4), e la rubrica pisana (1286, I, c. 17, pag. 223) *de capiendo homines pro debito* che doveva espressamente dichiarare essere ciò riservato solo alle autorità costituite.

3. Il Comune fu reazione contro ogni privato arbitrio. Negli Statuti di Biella (ed. Sella, c. 40) è espressamente vietato tenere *debitorem inclusum manibus ligatis*. Quelli di Cannobbio non riconoscono il patto pel quale *quisquis se possit obligari in*

(1) Ad l. 20, § si quid tamen, Dig. de acquir. haered., XXIX, 2, vol. III, 147. Tale facoltà era basata sull'autorità del diritto romano e precisamente sulle l. 3, 8, Cod. *de pign.*, VIII, 14: vedi BARTOLO, v. VIII, pag. 96.

(2) In l. fin., Cod. de captivis, XLIX, l. 12, ob aes, Cod. de act., IV, 10.

(3) Glos. in l. 58, interdum, § qui furem, Dig. de furtis, XLVII, 2; e BALDO, nelle aggiunte a DURANTE, II, de obblig. et sol., vers. 2.

(4) ZACCARIA, *Anecdota*, 1755, pag. 6; cit. da WACH, *Der Arrestprocess in seiner geschichtl. Entwicklung*, 1868, pag. 35.

Digitized by Google

capiendo personaliter: a Venezia allorchè *aliquis se obligaverit stare in carcerem per cartam*, doveva intervenire il giudice a *sententiare et iudicare ipsum stare in carcere secundum textum cartae*, e si intendeva nelle carceri del Comune, e solo pel capitale (1). Verona abrogò un'antica consuetudine del carcere privato (2): e in seguito l'arresto ovunque avvenne per ordine dell'autorità giudiziaria e nel carcere dei debitori, come voleva Angelo Aretino, perchè i debitori non devono confondersi coi delinquenti comuni: e di ciò si parlerà a proposito dell'arresto per debito.

Se il creditore voleva aver nelle mani il debitore, farne un servo, tenerlo legato, e tutto ciò di propria autorità, si pensi se ne doveva risparmiare i beni e astenersi dal prender pegni *de fortio!* Ed ecco qui pure la legge farsi viva punendo chi tentava *depredare sine sententia Com.*: *intrare in possessionem per fortiam* (Como, c. 198, 257); *arrestare propria authoritate* (Biella, I, pag. 139) *sine licentia pignora facere*; *se intromittere per forciam*. Tali pene cadevano quando il giudice trovavasi davanti a patto con cui il debitore autorizzava il creditore a pignorargli beni, a *intrare sine decreto* nel fondo, a esercitare un'esecuzione reale senza precetto dell'autorità giudiziaria. Il *pactum de ingredienda possessione* fu di stile notarile: lo troviamo nell'*Ars notaria* di Rainerio di Perugia: *liceat ipsi creditori et eius heredibus in dictum pignus et in alia bona debitoris quae voluerit intrare sua auctoritate et alii cui voluerit vendere vel obligare vel apud se iusto pretio retinere sibique in dictis omnibus satisfacere sine aliqua debitoris... contradictione et sine aliqua occasione et exceptione legis iuris et usus vel interpellatione Comunis* (3): dunque usato in Toscana e nell'Umbria e ammesso da quei notai che avevano attinto i principii del giure alla scuola di Bologna. A Genova in documenti che vanno dal 1155 al 1160 la *licentia ingrediendi* è stata riscontrata come clausola normale (4): *liceat tibi tua auctoritate et meo*

(1) Volumen stat. venet., cit., V, 12 e 13, pag. 83; *Stat. civ. di Venezia anteriori al* 1242, ed. BESTA e PEDRELLI, c. 27 e 28, pag. 136. Cfr. PITZORNO, *Consuet. giudiziarie veneziane anteriori al* 1229, c. 22, 32: al c. 13, *omnia precepta dantur a d. duce sine pigni precepto.*

(2) Stat. di Cannobbio, c. 117, ed. 1797; Volumen stat. venetor., VI, 14, ed. 1606, pag. 93; Verona, 1228, ed. CAMPANELLA, 1728; abrogato negli Stat. del 1450, ed. 1588, II, 63.

(3) C. 23, in *Biblioth. iurid. m. aevi*, ed. GAUDENZI, 1890, pag. 42.

(4) WACH, *Arresprozess*, pag. 55, attesta di averla riscontrata in 200 doc. del *Liber iurium* in quello spazio di 5 anni.

Digitized by Google

iussu sine consulum decreto intrare in bonis meis insolutum pro sorte et pena et facere quidquid volueris sine mea, meorumque heredum contraddictione: e i mercanti di Liguria con questa formola nel sec. XIII assicuravano le loro obbligazioni (1).

Pratica anche questa romana, perchè leggi imperiali avevano escluso il reato di violenza a carico dei creditori che entravano nei beni del debitore insolvente in virtù di convenzione: *creditores qui non reddita sibi pecunia conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur*: solo dovranno in seguito far legittimare il possesso dall'autorità (l. 3, Cod. *de pignor. et hypoth.*, VIII, 14): nè il debitore può lamentarsi di essere stato *vi coactum* (l. 4, id.). Siffatta pratica continuò attraverso l'alto medio evo, e al tempo dei Glossatori nemmeno occorreva l'*interpellatio Comunis*. La carta di debito non tagliata costituiva il titolo di passaggio della proprietà al creditore.

4. È naturale che tale clausola con tanto suffragio romano abbia incontrato l'approvazione dei giuristi, a cominciare da Irnerio, che nel suo *Formularium* (pag. 226) ammette che si possa *intrare sine decreto consulum*, se nell'obbligazione il convenuto avesse accettato tale clausola nel caso di mancato pagamento: allora in virtù dell'*instrumentum vallatum munimine posse pignorari*. Ma altri *dissentiunt* (2): *dicunt quidam quod creditor si ex conventione sua auctoritate poterit ingredi pignoris possessionem, bonum est ut ipse expectet ut cum iudicis sententia hoc faciat*: quindi se il debitore si oppone a parole, l'altro può non tenerne conto: ma se resiste colle armi, allora devesi ricorrere al giudice (3). A questa tesi si contrapponeva l'altra di Bulgaro, Martino e Rogerio, che la convenzione doveva rispettarsi, che la sentenza non poteva annullarla, che il creditore *non videtur vim facere neque vi bonorum raptorum conveniri neque actori alicui erit obnoxius*. Azone si schierò per questa interpretazione: quel patto costituisce un *pactum in rem*, cioè un'ipoteca generale, e il *ius ingrediendi est ius executivum*, che il creditore può attuare di propria autorità sul *pignus sibi obligatum*: lo faccia però *urbanius*

(1) Così LATTES, *Diritto commerciale negli stat. italiani*, pag. 149.

(2) Vetus coll., § 43, in HARNEL, *Dissens. domin.*, pag. 30; ROGERIUS, § 47, id., pag. 102.

(3) Codex chis., § 100, id., pag. 196; HUGOLINUS, § 351: se il debitore dice: *inhibeo te ne ingrediaris*, il creditore può entrare; se ricorre alle armi, allora occorre il giudice.

Digitized by Google

e resti fermo il patto che *debitor permisit creditori ut id faceret authoritate sua* (1).

La Glossa (*ad h. l.*) riprodusse la sentenza di Azone, confrontando tale patto a quello di colui *qui servum accepit, in quem habet iniectionem manuum*: e concluse *debet ex auctoritate*: *sic ergo inciviliter factum non punitur*: e *urbanitas* voleva significare intervento di giudice (*fit cum iudice*: Bartolo). E ai sec. XIII e XIV non trattavasi di una questione oziosa o scolastica, ma di argomento vivo, perchè, scriveva Roffredo Epifanio di Benevento (m. 1243) il *pactum ingrediendi* senza ordine di giudice *frequenter da facto contingit* (2): e ad esso alludevano le *Const. regni Sic.* (I, 19) a proposito della *defensa* che ingiustamente il debitore elevava al suo creditore *qui authoritate forte conventionis expressae iuri licito pignoravit.*

Nè da questa dottrina deviarono i commentatori, e vi diedero il concorso della loro autorità Bartolo, Baldo, Saliceto, Alessandro Tartagni. Bartolo così insegnava: *pactum de occupando propria authoritate possessionem alicuius rei valet...*; è equiparato alla *licentia iudicis*: ha esecuzione parata: ha luogo anche prima della liquidazione: si attua *si pars resistit solo verbo, unde illud non operatur quando debitor resistit de facto nisi insit dicto pacto clausola praecarii quia tunc etiam per vim potest creditor ingredi incontinenti, debitore resistente* (3). E ancora aggiungeva che in virtù di tal patto *nulla causae cognitio requiratur contra principalem sed contra singularem successorem* (4), mentre non vale quello *de capiendo et carcerando debitorem propria authoritate* (5). Che tal patto si fosse soliti iscriverlo nei contratti di mutuo e colla formola di *intrandi, ingrediendi propria authoritate* l'attesta, pel sec. XIV, Baldo che lo trova regolare: solo nota che *qui facit auth. pr. inciviliter agit, tamen eo casu non punitur* (6); e ancora così giustificava: *authoritate propria ius sibi dicere licet, cum iudicis non est copia*: *periculum est in mora* (7): e tale abbondanza

(1) AZO, *Lecturae ad l.* 3 *Cod.*, de pignor., pag. 625; *Summa*, ad lib. VIII, Cod., n. 22, pag. 827; ODOFREDUS, *Lecturae* super l. 3 *Cod.*, lib. VIII, f. 489.

(2) *Libellus de positionibus*, ed. PATETTA, *Bibl. iuridica m. aevi*, II, 75.

(3) *Lecturae*, in l. 3 e 4 Cod., VIII, 14; vol. VIII, pag. 96.

(4) In l. 5, is cui, § 5, Dig. XXXVI, 4; l. 4, Cod., VIII, 14; l. 8, Dig., XIII, 7; BALDUS, in l. 3 e 12, Dig., XX, 4.

(5) In l. 44, Dig., XXXVI, 1 (*secus est in statuto*); l. 4, Dig., II, 8.

(6) Ad l. 3, Cod., de pign. et hypot., VIII, 14, vol. VII, pag. 142.

(7) *Consilia*, vol. IV, cons. 452.

Digitized by Google

non vi era in tempo di guerra, che era allora lo stato normale, e in siffatto evento *sibi ius dicere licet* (1). Nella prima metà del XV sec. per Saliceto il patto non viola alcun principio giuridico; anzi come il creditore ha il diritto di *depraedare* chi non obbedisce al mandato del giudice, così può farlo se è pattuito *etiam sine iussu iudicis*; *et ita tenent comuniter doctores* (2), facendo sue le parole di Baldo, che come il giudice può dare la *facultas intrandi propria authoritate*, così può pattuirla il debitore (3).

5. Però tali pretese, pur suffragate dalla consuetudine notarile e dalla autorità dei dottori, eran residuo di pericolosa autogiustizia e contrariavano quei principii di ordine e di autorità che voleva attuare il Comune nel senso che l'esercizio della giustizia nella sua pienezza, cioè pignoramenti, sequestri, esecuzione di sentenze fossero di esclusiva competenza dei Consoli o Podestà. Gli uni e gli altri all'inizio dell'ufficio giuravano di assistere chi aveva diritto in contrasto e di impedire che i privati o per arbitrio o per patto sorpassassero od omettessero l'autorità pubblica, e ricorressero *ad arma* (4).

Esplicitamente l'antico Breve pisano inserisce nel giuramento dei Consoli una clausola per la quale i creditori devono solo affidarsi alla giustizia pubblica: *ad petitionem cuiuslibet creditoris habentem instrumentum in quo contineatur quod debitor suus capi possit et detineri, ipsum debitorem capi et detineri faciemus* 8 *diebus elapsis a termino comprehenso in instrumento in antea donec ipsi creditori de dicto debito et expensis integre fuerit satisfactum* (5). Ora è chiaro il diverso spirito a cui è ispirata la legge pisana in confronto delle citata legge romana, perchè nel Comune i poteri di esecuzione sono esclusivamente nelle mani del giudice, che agisce non in virtù della clausola, ma in nome dei suoi diritti giurisdizionali. Dunque sempre reazione ad ogni residuo di autogiustizia. Lo stesso si nota a Como: il creditore anche colle clausole convenzionali nulla poteva fare di propria autorità, ma per

(1) PAULUS DE CASTRO, *Cons.*, 391, 423.

(2) *Lecturae super primum Codic.* l. 2 *in auth.* dell'imp. Federico *item nulla comunitas*, Cod. I, 6; l. nullus, Cod. de Iudaeis, I, 12, Ven., 1576, f. 15. Odofredo, l. c.: *cautius agit si iudicis auth. faciat.*

(3) BALDUS, l. 2, Cod. VIII, 14, vol. VII, pag. 142.

(4) Saliceto (e così anche Bartolo) osservava come tale esecuzione privata dava occasione a risse e a tumulti.

(5) Rub. *de capiendo hominem pro debito*, ed. BONAINI, I, p. 25.

Digitized by Google

procedere a sequestri doveva ottenere dal giudice la *parabola capiendi*, e se trovava resistenza, poteva dopo nuovo banno e nuova parabola procedere *per fortiam* coll'aiuto degli officiali del Comune, cioè ottenere sequestro, immissione in possesso e arresto del debitore (1). A Parma nel 1266 il podestà doveva far restituire le terre nelle quali il creditore *sua auctoritate intravit* (II, pag. 224): a Vicenza nel 1264 (II, 102) soltanto dalla pubblica autorità *debitores ad iusticiam compellantur*; a Padova (1236, 499) era detto che nessuno *possit se obligare ad capiendum personaliter in aliquo contractu*: e se si obbliga *non valeat, nec capi nec detineri possit*. Anche il fideiussore godeva della stessa esenzione (500). Nel Napoletano fece testo un capitolo di Carlo I *Contra effrenatas*, che puniva coloro *qui capere pro sua voluntate praesumunt*, ciò potendosi fare solo dai pubblici ufficiali aventi autorità *ad capiendum, arrestandum, detinendum* persone e beni: e pel Rito (127) potevasi pignorare solo *in sententiam definitivam vel interlocutoriam exequendo*. La frequente minaccia di pene a chi fa pignoramenti di propria autorità, a chi si impossessa di beni *a debitore vel non debitore aliqua ratione vel causa quoque colore quesito* (2), l'ordine espresso di non far pegno o robarie senza licenza del giudice (3), inducono a ritenere che anche per tutto il 400 e forse anche dopo i creditori avessero più fiducia nelle proprie forze che in quelle dei pubblici poteri.

Non mancava a questi la volontà, contrariata però e spesso dalle abitudini di violenza dei contemporanei e dagli stessi ordinamenti giudiziari lenti, insufficienti, disarmati. Già Baldo scusava la cattura privata colla mancanza di giudici, e lo si è visto

(1) Stat. di Como, 1335, III, 21. Su queste due leggi vedi WACH, *Arrestprozess*, p. 62, e LATTES, *Diritto commerciale nella legisl. statutaria italiana*, pag. 295, e *Diritto consuetud. delle città lombarde*, pag. 119.

(2) Stat. Canavisii, ed. FROLA, Pont, 1346, III, 51; Valperga, III, 477.

(3) Stat. di Valtellina, I, 228; Montalboddo, 1366, III, 12: *non incarcerare sine ordine*. E qualsiasi invasione di beni era riguardata delitto e punita: v. Stat. di Nizza, Moncalieri, Ivrea, *Mon. h. p. Leges*, pag. 62, 1212, 1408; Parma, 1255, III, pag. 335; 1347, pag. 226; 1494, III, pag. 126; Pistoia, Breve, II, 124; Modena, 1327, IV, 42; Piacenza, 1391, V, pag. 371; Firenze, 1415, III, 146; Mirandola, 1386, 55. Padova (1236, 79) considerava tali fatti come *arbitrium* e ne rimetteva il giudizio all'*officium violenciarum* (c. 702, pag. 234). E come si vietava pignorare i concittadini, così era pei forensi: *quod nullus pignoret forenses sine consensu consulum*: POLLINI, *Notizie di Malesio nell'Ossola*, 1896, c. 98, an. 1450.

Digitized by Google

(pag. 634): questa doveva ancora avvertirsi nelle esecuzioni reali: e perciò si comprendono quelle leggi che più accostandosi alla realtà riconoscevano valido l'*instrumentum continens pacta robandi et intrandi*: così dalla Lombardia (1) alle Puglie, ove le Cons. di Bari permettevano *posse intrare sine decreto in possessionem vigore pactorum* (2). Ecco perchè tale clausola è contenuta nei formulari notarili del sec. XV, e P. de Ferrariis nel 1400 ne attesta l'uso quotidiano: *quotidie* si inseriscono negli strumenti notarili le parole: *propria authoritate debitoris bona debitoris possint capi et saxiri et sequestrari et in solutum accipi*. Però egli subito avverte che ciò è *contra ius*, salvo che si fosse per convenzione concordato fra le parti, le quali possono anche *providere super detentationem et sequestrationem personae*. Egli non si allontana dalla tradizione della scuola: ammette il patto, e anche col patto vuole il precetto del magistrato: e in questi termini condanna le consuetudini contrarie: *frequens est hic tractatus saximentorum, maxime in Monteferrato et in quibusdam partibus, ubi ius et instantia ministrantur per boves et ignorantes qui multum sunt faciles concedere talia saximenta ante latam sententiam*. Ciò è proibito, ripete, dal diritto civile e canonico: ma poi enumera 10 fallenze, a cominciare dal sospetto di dilapidazione (3).

6. Al sec. XV il patto era ancora riconosciuto dalla legislazione municipale (4), ed aveva l'approvazione della migliore dottrina. Ne parlano Alessandro Tartagna (m. 1477), Raffaele Fulgosio (m. 1427), Paolo di Castro (m. 1427) che vi consacra intero consiglio (5). Al sec. XVI Giasone del Maino (m. 1527) ne trattò in commenti al Dig. (6): il procedurista napoletano Maranta (m. 1530) in una prolusione lo dichiarò *optimum in practica*, riconoscendo anche al cessionario il diritto di valersene (7); e Matteo

(1) Stat. di Milano, 1396, III, 82, 86; 1498, 68, 256; Monza, 1333, I, 22; Treviglio, 1393, I, 67, 70, 73; Verona, 1450, II, 57; LATTES, 120.

(2) Consuet. di Bari, VIII, 2 (Sparano, 17): MASSA, *Cons. di Bari*, 154.

(3) *Practica pap.*, form. seq. pag. 129 e 130.

(4) Stat. di Bologna, 1454, f. 63, decisio super pacto de ingrediendo; Perrara, 1566, II, 29: Pistoia, 1544, II, 34; BRIEGLEB, *Gesch. d. executiv Prozesses*, 1845, I, 110, 112; II, 171, 273; WACH, pag. 61, 71.

(5) FULGOSIUS, *Comment. in Cod. lib. VIII*, l. 3, tit. 14, Lugd., 1554; PAULUS DE CASTRO, *Consilia*, vol. II, cons. 59.

(6) *Lecturae* in Dig., l. 1, XXXIX, 1; l. 11, Dig., XLI, 2, Milano 1620.

(7) Repetitio in l. si actor, Dig. de procurat., nel 3° vol. Repetiones, Ven., 1608, e nello *Speculum*, Ven., 1590, pag. 682.

Digitized by Google

di Afflitto (m. 1523) ne attestò l'osservanza consuetudinaria nel Napoletano [1]. E per tutto quel secolo e il seguente è ricordato e giustificato dai giuristi più accreditati e dai consulenti: Cepolla lo raccomandava nelle sue *Cautele* come clausola opportuna ad inserirsi; e al suo tempo (1610) lo Scaccia (*de iudiciis*, I, c. 62, pag. 179) scriveva: il patto esecutivo *est in viridi cultu*, e deve rispettarsi, a differenza del patto sulla persona, perchè, se gli uomini non possono pattuire su questa, essendo la cattura *quid imperii* spettante al principe, lo possono sui loro beni. Nè il debitore può resistere, e le sue proteste verbali non valgono: e se ricorre alla forza, allora il creditore deve arrestarsi, eccetto che volesse occupare il bene precariamente, nel qual caso l'opposizione verrebbe a spogliarlo del possesso civile e naturale; a lui contro ogni resistenza deve permettersi difendere la sua cosa anche a mano armata. Questioni ardue che avevan formato argomento di dispute fin dal tempo degli antichi specialmente fra Bartolo e Baldo (e Scaccia nota che quest'ultimo è sempre di avviso contrario a Bartolo), ed ancora disputavasi se il patto valeva contro il terzo possessore, e se l'invasore acquistava il possesso *sine iudicis ministerio*; dispute raccolte da Menochio, Graziano, Pacio Giordano, Toschi, ecc.

7. Il criterio della convenzione, avendo per sè l'autorità di Giustiniano, non poteva andar perduto nelle correnti del diritto comune, ed ecco contro gli espressi divieti delle leggi armeggiare i giuristi, imaginare non solo *fallentiae* ma anche proporre interpretazioni all'espressione *propria authoritate*, riportandola agli strumenti notarili, ai titoli esecutivi coi quali si procede *sine iudicii solemnitate* [2]. Antonio Negusanzio di Fano che sulla fine del sec. XVI scrisse un'opera molto accreditata sui pegni e le ipoteche, prese in esame quella clausola, e disse che doveva interpretarsi in senso stretto, ammettendola in certi casi, che ammontano a 15, e sono oltre i documenti notarili con clausola di parata esecuzione, quelli di lite regolarmente iniziata, di sospetto di fuga da parte del debitore, di sottrazione di attività patrimoniali e sempre che il debito fosse liquido e più ancora nel caso di debi-

(1) Ad Const. r. Sic., I, 8.

(2) GRATIANUS, *Discept. forenses*, c. 198, 378; PACIUS IORDANUS, *Locubrat.*, Padova, 1650, vol. III, pag. 173. TUSCHUS, *Conclus.*, voce *Instrumentum*, concl. 237, 241.

Digitized by Google

tore forestiero e di non avere beni nel Comune nè garanzie di solvibilità (1).

La pratica del patto esecutivo con tutte le sue conseguenze continuò per tutto il sec. XVII e parte del XVIII: nell'Alta Italia vigeva la regola formulata dal pavese Menocchio: *poterit creditor ingredi et apprehendere* e poi citare il debitore (2). Nè diversa era la dottrina a Napoli nel secolo XVII (3), ove i consulenti scrivevano che il patto era lecito e che doveva riconoscersi dai tribunali, che per entrare e occupare le cose non occorreva citazione nè ordine del giudice; soltanto essere opportuno farsi assistere dalla *familia pro capienda possessione propter scandala vitanda* (4). Lo facevan derivare dalla consuetudine piuttosto che dalle leggi (5). La formula inserita negli strumenti era così stilata: *quod possit exequi more pensionum domorum civ. Neapolis per licentiam ingrediendi et capiendi propria authoritate et per licentiam datam creditori procedendi sine iudicii solemnitate* (6). Tanto nel Napoletano che in Sicilia usavano aggiungerlo nei capitoli nuziali, e si era finito per intenderlo sottinteso se non fosse scritto (7): e così in favore dei legatari contro gli eredi (8). Nè diversa era la pratica romana, dove il patto era riassunto nella clausola ceterata *si quid exequendum* (9): e così in tutta Italia esso aveva forza di esecuzione parata, quale era propria degli istrumenti pubblici o guarentigiati: quindi lo inclusero nelle loro trattazioni gli scrittori di questi (10). Poi scompare dalle opere

---

(1) *De pignoribus et hypoth.*, Ven., 1570, pars IV, c. 8. e in *Tract. univ. iuris*, VI, pag. 220.

(2) *De adipisc. posses. remediis*, 1687, lib. V, ex lege Cod. de pignor.

(3) SANFELICIUS, *Decis. tribun. neapol.*, 1662, vol. II, 312, 565; CAPYCIUS, *Decis*, 182; MERLINUS, 387, 578.

(4) SANFELICIUS, o. c., decis. 151.

(5) CARLEVALIUS, *De iudiciis*, vol. II, tit. I, disp. 2, n. 913; tit. II, disp. 8.

(6) SANFELICIUS, o. c., dec. 312.

(7) GIURBA, *Decis.*, 48; MUTA, *Capit. r. Sic.*, vol. IV, pag. 184, 187. In Sicilia aveva il nome di *pactum de non opponendo*: CONVERSANUS, *Super Ritus*, pag. 6 e 30.

(8) MARADEI, *Praxis processus executivi*, Nap., 1701, c. 5, pag. 138.

(9) SCACCIA, cit.; RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 1; DE LUCA, *Theatrum*, t. XV, *de iudiciis*, p. II, pag. 6.

(10) ANT. DE CANARIO, *Tract. de execut. instrum.*, qu. 32, nei *Tract. univ. iuris*, tomo V, pag. 39; MASSA e DE BARZIIS, id.; GALLESIUS, *De obligat. ad formam Camerae*, Roma, 1589, p. III, qu. 4.

Digitized by Google

giuridiche e processuali del secolo XVIII, nelle quali tutti gli atti esecutivi sono di competenza dell'autorità giudiziaria.

8. L'esecuzione di privata autorità, legale o convenzionale, finora descritta, si riferiva ai beni immobiliari: e accanto ad essa e con maggiore estensione ebbe riconoscimento dalle leggi il pignoramento privato, dal medio evo fino ai tempi moderni, contro il contadino, l'artigiano, l'inquilino esposti ad atti di esecuzione da parte dei padroni senza intervento di giudice. Citazioni e opposizioni venivano in seguito.

Di propria autorità era il pignoramento di cose mobili e di animali (1) che le leggi attribuivano al proprietario di terre o di case contro i coloni e gli inquilini: *quisque possit propria authoritate pignorare pro pensione domus, terrae... pro bene laborandis terris... et pro damnis illatis per laboratores* (2). A Venezia si può prender pegno dall'inquilino *sua auctoritate quamdiu est in domo* (1242, III, 8): a Torino, 1360 (*Mon. h. p.*, pag. 667): *quilibet potest saxire in qualibet domo sua auctoritate res suas vel debitoris et fideiussoris*. Tale pignoramento con carattere conservativo trovasi nell'alta Italia, nel Napoletano, in Sicilia; *locator domorum et aliarum possessionum si conductor vel colonus non solverit pensionem... possit sua auctoritate intrare et capere pignus pro pensione non soluta* (3). Egual carattere aveva quello usato in Piemonte nel sec. XIII e riconosciuto negli Statuti di Pietro II (1263, c. 26), contro i censuari che non pagavano i censi o recavan danni al fondo. Per la dipendenza loro, il proprietario pignorandoli esercitava uno di quei diritti che leggi e consuetudini autorizzavano sopra i beni appartenenti ai soggetti. Spesso nel medesimo contratto censuario era inserita la clasuola del pignoramento stragiudiziale. Ciò si è visto per l'alto medio evo (parte I, pag. 378); ciò continuava anche nel sec. XIII e XIV. In Piemonte richiedevasi che il debito constasse da titolo e fosse per censo annuale.

Le stesse misure di carcere preventivo erano prese contro

(1) Per gli animali, Stat. di Belluno, II, 227; Ceneda, III, 76; Trento, 1307, c. 115; 1528, II, 3; *Const. regni Siciliae*, III, 54.

(2) Stat. di Bologna, ed. FRATI, VI, pag. 437; Pistoia, 1286, II, 50: *si affictuarius non solverit affictum per triennium dominus possit sua auctoritate intrare in possessionem rei et eum expellere sine pena de terra*; Stat. di Milano, 1408, c. 167.

(3) Cons. di Bari, IV, 9; VIII, 4; *pignorare sine instrumento:* MASSA, 149. ALIANELLI, *Consuet. e stat. nelle prov. napolet.*, 167.

Digitized by Google

i *fictaioli pro pensione terrae, pro causa praestantiae bene laborandi*, i quali potevano essere arrestati, *in carcerem poni et in rebus et bonis gravari, tensiri et sequestrari pro suspicione et fuga*, anche se il debito non era liquido, solo dietro giuramento del padrone (1): leggi di classe dei proprietari contro i lavoratori della terra, ancora in vigore nel secolo XVIII. Chi aveva dato in mezzadria, terzaria, ecc., poteva *sua propria auctoritate sine aliquo praecepto iudicis et sine alio processu capere, auferre et accipere res mobiles, bestias, plaustra et alia utensilia massarii sive de eius familia pro quocumque debito occasione massaritii*: le cose sequestrate dovevansi consegnare al Comune o a un terzo sequestratario: e poi discuterne in giustizia (2). La legislazione italiana contro i contadini fu quanto mai partigiana: non potevano andarsene senza aver soddisfatto i fitti, anche finita la locazione (3), e il proprietario della terra poteva *capere supersedentes suos et eorum filios et eos retinere pro observandis pactis* (4).

In quanto ai danneggiamenti è frequente negli statuti la facoltà riconosciuta a chi trovava animali nel suo fondo *bestias impune capere et ducere ad domum suam denunciando tamen Curiae ipsa die* (5), donde il carattere conservativo del procedimento. Ma in altre città anche questi sequestri erano riservati al giudice, con procedimento speciale, *nulla citatione praemissa* e solo sul giuramento del danneggiato e la stima di due periti (6).

9. La legislazione municipale fu poi unanime nel permettere che il danneggiato per pascolo abusivo o altra ragione catturasse gli animali che trovava sul suo fondo (7): in Piemonte e Sardegna

(1) Stat. di Pistoia, 1714, II, 55; Cremona, r. 461; Lodi, r. 273; Pavia, II, 154; Consuet. neapol., tit. *in quibus casibus liceat authoritate propria pignorare*. E per Bari, vedi MASSA, *Consuet. di Bari*, 1903, pag. 156.

(2) Stat. di Bergamo, IV, 34; Belluno, II, 1903; Treviso, II, 13; Cremona, r. 461; Firenze, II, 52; Novara, 1460, pag. 67.

(3) Stat. di Bergamo, IV, 37.

(4) Stat. di Ravenna, II, 16.

(5) Così gli Statuti di Torino, in *Mon. h. p. Leges*, I, 693; cfr. NANI, *Statuti di Pietro II*, 26.

(6) Così Padova, 679; Valtellina, I, 228; Verona, 1400, II, 40; Vicenza, 1426, I, 103; Consuet. neapol., citata; Pragm., 1-4 locati, 1587. Nella città di Napoli si prendevano in pegno le cose dell'inquilino senza citazione ma con ordine del giudice.

(7) Breve pisan. Com., 1286, I, 232; Trento, 1307, c. 115; 1528, II, 3; Torino, 1360, in *Mon. h. p. Leges*, I, 693; Cout. d'Aouste, II, 18; Ceneda,

Digitized by Google

li poteva anche uccidere conservando la pelle a prova (1). Lo stesso diritto di catturare è ammesso dalla *Cost. r. Sic.* (III, 54) e da consuetudini siciliane (Catania, I, 45). Il principio è che chi trova animali sul proprio fondo, li trattenga finchè non è indennizzato (2): devesi però notificare la cattura al tribunale e al proprietario nello stesso giorno o in breve termine (3). Nell'Istria il danneggiato conduceva gli animali nel luogo della berlina o li poneva sotto lo stendardo del Comune, dove il padrone li ritirava pagando i danni e un'ammenda (4).

10. Eguale procedimento *sine cognitione causae*, nelle città lombardo-venete, nel Napoletano, esercitava il locatore di case o terre, autorizzato a prender pegni di propria autorità *pro pensione* maturata o futura, o per causa di mancata coltivazione, per danni *in terris per laboratores* (5) ove questi si trovassero in atto di fuggire e da coloro che prendevano animali a soccida (6). Nel secolo XVIII per evitare sanguinose risse fra proprietari e pastori, si sottoposero questi pignoramenti ad ordinanza del giudice, ma sempre senza citazione (7). I locandieri potevano arrestare chi non pagava lo scotto, e così contro forestieri (8): e tale procedura

---

III, 76; Belluno, II, 237; Firenze, III, 176; Lucca, 1539, IV, 180; Trieste, III, 13.

(1) Carta de logu, 112; Stat. Canavisii, Chivasso, 1306, II, 154, 172, 180; 1474, II, 232; Alice, 1448, I, 90; Agliè, 1448, I, 103.

(2) Così Stat. di Val d'Ossola, in POLLINI, *Notizie di Malesco*, 1896, pag. 259; Stat. 1450, r. 52, *de pignorando bestias facientes damna*: *bestiae reperte sine pastore puniantur*.

(3) Stat. cit. di Torino, pag. 689; Firenze, III, 176.

(4) Stat. di Trieste, 1550, III, 13; Parenzo, III, 52. In Sardegna si poteva anche ammazzare una pecora su 10: Carta de logu, 112. Cani e porci trovati potevansi uccidere: Cout. d'Aouste, III, 18; Stat. di Valtellina, I, 248; Pragm. I, de offic. baiuli, an. 1477.

(5) Stat. Bergamo, 1353, V, 15; 1391, fogl. 45; Monza, 1502, 406; Milano, 1396, IV, 214; III, 257, 258; Belluno; ANDRICH, *Arch. storico ital.*, 1904; Consuet. neapol. pro pensione.

(6) Const. r. Sic., III, 55, 56; Consuet. neapol.: *Si aliquis dederit animalia ad menandum... potest auctoritate propria per se pignorare capiendo ipsa animalia*; Dispacci napol., 13 maggio 1769, ed. GATTA. L'uso di pignorare così gli animali, a cui allude ANDREA DE BARULO (*Comm. ad l. lang.*, tit. XVIII) fu sostituito da quello di consegnarli ai baiuli finchè non fosse pagato il danno.

(7) Pramm. 79, de offic. procur. Caes., 1668; Regolam. sui locati della Dogana delle Puglie; Dispacci, 1736, 1739.

(8) BAUMGART R., *Die Entwickelung der Schuldhaft im italienischen Rechten des Mtitelalters*, 1914, pag. 381 e segg.

Digitized by Google

contro chi ha recato un danno trovasi nel Breve pisano del 1286 (I, 132): si possa *auferre tunicam seu barrachanum de dorso vel guarnacciam sive fioccum et scafa cum qua ivit*, e in altre leggi dell'alta Italia [1], dove era tollerato che il danneggiato nella sua vigna e nel suo orto trattenesse il danneggiante, l'arrestasse o prendesse pegni [2]. E poi portata la controversia al tribunale, era norma *credatur colono et domino cum iuramento de invento animali, de damno*, ecc. [3].

Tali forme esecutive di privata autorità non scomparvero di buon'ora: erano rese necessarie dalla insufficienza degli organi di polizia giudiziaria: ma appena questa fu costituita in modo regolare, fu richiesto l'ordine del giudice sopra ricorso motivato, anche senza citazione. Reagirono contro esse a Napoli gli Angioini (v. il cit. cap. *Contra effrenatas*), in Piemonte i duchi di Savoia a cominciare da Pietro II, negli Stati pontifici le Costit. egid. e Pio IV 1560, Pio V 1568 [4], ecc.: e quindi nella dottrina del sec. XVI fu sempre richiesto l'ordine del giudice dato sul giuramento di chi lo chiedeva e con prove di sospetto di fuga [5], nè mancava chi voleva la citazione e la cognizione della causa [6]. E così si preparava la legislazione moderna.

§ 2. *Il sequestro conservativo.*

11. Gli ultimi residui di tale pratica eransi confinati nelle campagne: nelle città maggiori erasi giunto a una transazione, quale esigeva il movimento degli affari, cioè di accordare al creditore indipendentemente dal giudizio un diritto di controllo, non solo nel caso di sospettata dilapidazione ma di insolvenza temuta, quando non era *securus pro debito*, sia perchè il debitore fosse fore-

---

(1) Cout. d'Aouste, III, 18; Stat. di Padova, 674; Milano, 1505, 369.

(2) Stat. di Torino, 1360, pag. 689; Belluno, II, 137.

(3) Stat. di Belluno, id.; Trento, cit.; Trieste, 1550, III, 13.

(4) Pel Piemonte: AB ECCLESIA, *Observat.*, p. I, 125 e 200; per gli Stati pontificii: RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 14; II, c. 12; e CONCIOLUS, nei Comm. allo Stat. di Gubbio, II, 22; CAPUCIUS, *Praxis*, vol. I, p. II, c. 9; per Toscana: MAGONIUS, *Decis. florent.*, 31 e 98; pel Napolet.: MARADEI, CARLEVALIUS, *De iudiciis*, tit. III, disp. 29.

(5) Così nel sec. XIV ANGELUS DE PERUSIO, IAC. DE ARENA e CURTIUS, *De sequestris* in *Tract. univ. iuris*, III, p. 22. Più tardi PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, vol. III, pag. 243.

(6) TUSCHIUS, Lit. *Sequestrum* concl. 202.

Digitized by Google

stiero e non possedesse immobili *in urbe vel eius districtu*, sia perchè cittadino si sospettasse volesse fuggire. In quanto al forestiero l'antico statuto di Brescia volle che il giudice desse al creditore che ne faceva istanza la *intromissio de omnibus rebus debitorum*, e quello di Como la *parabola depredandi et capiendi* (1). Anche a Venezia doveva in antico essere usata siffatta procedura, che non tardò a essere modificata perchè con essa *committantur multae fraudes multaque impedimenta forinsecis* (2). E in generale le città italiane, centri di vita commerciale, studiarono espedienti per non chiudere le porte ai forestieri ma nello stesso tempo impedire che colla impossidenza o la fuga danneggiassero i creditori: e così si ebbero le cauzioni da prestarsi (3), la responsabilità dell'ospite pei debitori forensi (4), il così detto *pactum hostariae* (5), ecc. Ma vi era ancora qualche legge più diffidente che accordava di procedere *sine parabula*, salvo convalidarsi l'esecuzione dal giudice (6); e così in generale facevasi in Sardegna, ove era permesso a chiunque *facter istasire cosa* ma entro 8 giorni *sa istasina* doveva essere convalidata dal giudice che riconosceva il buon diritto (7). Come estrema misura, se malgrado le cautele il forestiero fuggiva, poteva il creditore ottenere le lettere di rappresaglia e procedere contro i beni dei concittadini del fuggiasco *cum licentia capiendi et detinendi homines bona propria authoritate* (8): *pro alterius bannis* poteva catturare il concittadino e sequestrarne i beni. Il creditore giurava sulla esistenza del suo credito e dava

(1) Stat. di Brescia, c. 124, *Mon. h. patriae*, pag. 1758; Como, id., pag. 205; Perugia, 1342, II, 66, ed. Azzi; Lucca, I, 126; Stat. Canavisii ed. Frola, Azeglio, I, 181, 187; Balangero, 1391, I, 280, 296; Valperga, 1350, III, 481; Pola, ed. Benussi, II, 10.

(2) Lib. VI, c. 20, in volumen, pag. 96.

(3) Stat. Canavisii, Alice, 1514, I, 65; Caluso, 1510, II, 6; Valperga, 1350, III, 478; Chivasso, 1306, II, 129.

(4) Stat. Canavisii, Verolengo, 1350, III, 542, 561.

(5) Vietato a Chivasso nel 1306, II, 124, e a Verolengo, III, 538.

(6) Stat. Canavisii, Barbania, I, 316, salvo che non presentasse fideiussori; Chivasso, 1306, II, 129; Rivarolo, 1358, III, 131; Vignati, *Cod. dipl. laudense*, II, n. 426.

(7) Stat. di Sassari, 26.

(8) Del Vecchio e Casanova, *Le rappresaglie nei Com. italiani*, 1894; Salvioli, *Nuove ricerche sul diritto di rappres. in Italia nell'epoca comunale*, nell'*Archivio di diritto pubblico*, anno V, Palermo, 1895, pag. 212-227; Azzi, *Ann. d. Univ. di Perugia*, 1899; Roberti, *Rappr. a Padova, Accad. di Padova*, 1901; Bizzari, *Rappr. a Siena, Bollet. di storia patria*, 1913.

Digitized by Google

cauzioni. Poi volevasi il voto favorevole dei Consigli maggiori (Pistoia, III, 1) o di quello di Credenza (Iesi, 1597, III, 8) o dei Nove sapienti (Cremona, 1578, 18). Lucca saggiamente ne deferiva la concessione al Consiglio dei mercanti (1308, I, 39). Invece Bologna la riguardava come ordinaria pratica amministrativa spettante ad uno stabile Ufficio delle Rappresaglie (Stat. 1250, VII, 17). A Nizza bastava speciale licenza del Podestà (*Mon. h. p. Leges*, I, 45).

A Padova sono le prime traccie di un tribunale delle prede, ove due notai registravano le cose pignorate, punivano nel quadruplo oltre la restituzione chi aveva sequestrato più della somma per cui era autorizzato (1), e poi tale ufficio fu istituito a Modena, Bologna e presiedeva alle vendite delle cose sequestrate. Padova, precorse altre città nel vietare le rappresaglie per debiti (2); poi venne Lucca nel 1308, Modena nel 1327. Biella nell'atto di dedizione del 1379 ai duchi di Savoia fece sancire che nessuno potesse arrestarsi per l'altrui debito.

12. Quanto alle misure cautelari contro lo stesso cittadino debitore *qui non sit securus pro illo debito vel quod vellet se absentare*, le leggi municipali e la dottrina italiana sono quanto mai interessanti, perchè mostrano in qual modo fin dal mille le nostre città presero a cuore gli interessi dei creditori, e più in seguito quando la nascente economia capitalista richiedeva provvidenze per assicurarne la vita e lo sviluppo. La prima notizia risulta da una convenzione fra Enrico IV e la città di Pisa del 1081 nella quale era vietata la *pignoratio* (*iter prohibere*) *hominibus preparatis ad navigandum* (3): e l'imperatore non si riferiva al pignoramento di privata autorità ma a quello ordinato dalla pubblica. Simili divieti sono contenuti nei *pacta concordiae* fra Bologna e Modena del 1166, fra Venezia e Genova del 1191, fra Ferrara e Bologna del

(1) Stat. di Padova, n. 711; Bologna, ed. FRATI, XI, 76; Lucca, 1308, I, 39.

(2) VERCI, *Storia della Marca trevigiana*, II, doc. 93 e 301, pag. 19 e 156. Poi a notevole distanza di tempo lo stesso divieto leggesi negli Stat. riformati di Genova 1609, VI, c. 19, pag. 207, e di Iesi, 1597, II, 37. Ancora a Padova richiedevasi il voto di due terzi del Consiglio maggiore coll'intervento di 200 persone per ottenere le lettere di rappresaglia (Stat. n. 706).

(3) *Nisi studiose hoc fecerit propter querimoniam de eis factam*: MURATORI, IV, 19; WACH, pag. 73; BAUMGART, pagg. 341, 356.

Digitized by Google

1193, fra Pisa e Gaeta del 1214, nei quali era convenuto che pignoramenti fatti *sine verbo consulis* fossero nulli e le cose dovessero restituirsi: se vi sia stata *offensio in rebus res restituatur vel damnum emendatur sine placito:... si a privatis aliquid ablatum fuerit, sub arbitris emendatur* (1).

Poi in seguito negli statuti è frequente la rubrica *de sequestrationibus*, nella quale si riconosce al creditore la facoltà di chiedere al magistrato un *praeceptum intrandi, capiendi sine ulla citatione et sine cognitione causae*, quando egli giurava della esistenza del credito (2), ed alcuni statuti nemmeno esigevano la prova *an sit suspectus* di insolvenza o di fuga: e a Modena (1327, III, 14) si ordinava: *potestas et eius iudices... debeat ad postulationem cuiuslibet petentis rem quamlibet mobilem facere sequestrari sine aliqua causae cognitione*. Nè altrimenti a Brescia, a Novara, a Como (3), quasi con un crescendo, in dispregio della norma romana: *non inchoandum esse ab executione*, che giunge fino alla disposizione dello Stat. genovese del 1588 (IV, 6): *debitor suspectus debeat carcerari de mandato cuiuslibet magistratus ad instantiam creditoris sive debitum sit purum vel conditionale, sive sit in eo appositus terminus sive non*. Vedremo che Genova aveva esorbitato da quello che ammetteva la dottrina. Notiamo subito che vi sono anche statuti alieni da tali procedure, per es. Biella, Santhia, che vogliono nessuno sia arrestato o colpito da sequestro senza previo giudizio (4): *ad petitionem creditoris nemo possit personaliter detineri nec arrestari nisi prius talis debitoris bonis discussis et ipso citato et facta declaratione ipsum non fore solvendo sed malum debitorem* (art. 34). E questo creditore per ottenere l'assistenza dell'autorità doveva essere cittadino (Ivrea, pag. 1172; Lucca I, 145; Belluno, II, 125; Frignano, II, 4; Trento, 1538, pag. 96): genuina manifestazione di protezionismo municipale.

Anche altri statuti, oltre il giuramento dell'attore, volevano

---

(1) MURATORI, IV, 340, 358, 393, 420, 447.

(2) Stat. di Rimini, 1334, II, 26; Piacenza, 1391, II, 28; Verona, II, 55; Savona, 1595, pag. 205; Brescello, II, 18; Sinigaglia, 1584, II, 33 e 64; Stat. di Amadeo VIII, 1430, ed. BURAGGI, c. 13.

(3) Stat. di Brescia, III, 48, in *Mon. h. patr.*: Novara, 71; Como, 198, 205, 210, an. 1231, id.; Stat. Canavisii, Lessolo, 1430, II, 446.

(4) Stat. di Biella, 1245, art. 24, 28; sec. XIV, art. 179, 180, 181, 184; Santhià, 1363, art. 159, 160. Così anche Vicenza, 1264, 103: *homines non capiantur*, ecc.; Mirandola, 1386, pag. 55.

Digitized by Google

che il debitore fosse *apodixatus* cioè che il credito nascesse da atto scritto, e che *esset persona suspecta vel fugitiva quae non possideat stabilia in urbe vel districtu* (Vigevano, I, pag. 11; Roma, ed. Re, III, 111; Sinigaglia, II, 64; Ferrara, II, 23; Gubbio, II, 35). Colle leggi era concorde la dottrina: *fugitivus potest capi propria authoritate crèditoris*, insegnava Durante (II, *de renunc.*, v. *item est beneficium*) non per ucciderlo ma per presentarlo alle autorità. Il fuggitivo è sempre in dolo (1). A Sassari (1316, c. 25) lo stesso trattamento applicavasi al sospetto di fuga e al *non sufficiens*. Il creditore che *parte non citata* aveva ottenuto decreto di sequestrare o incarcerare, presentando però almeno un teste (2), doveva senza indugio giustificare la sua richiesta: e un giudizio sommario si svolgeva per la verifica del credito, la legalità del sequestro e dell'arresto, l'invito a presentare mallevadore; e così discutevansi le eccezioni, e tutto ciò entro tre giorni dalla cattura: e se il credito non era provato si scarcerava il debitore e il creditore era condannato ai danni: *et iudex teneatur unica sententia expresse sententiare et terminare infra* 8 *dies continuos a die praesentationis scripturarum super validitate capturae et super meritis causae. Et ubi pronuntiaretur captum esse debitorem tunc ipse captus in carceribus detineatur donec solverit* (3). Il giudizio era anche provocato dal debitore sempre *simpliciter et de plano:* egli potrà eccepire *de nullitate detentionis* provando avere immobili, nulla dovere, ecc., e il suo proscioglimento avverrà se immediatamente il creditore non iniziava il giudizio e se entro i termini stabiliti non era deciso (4).

Tali misure conservative erano specialmente adoperate nelle curie mercantili, richiedendosi però il giuramento del creditore e di due o tre testi *quod ille debitor non sit securus vel quod vellet*

---

(1) BALDUS, *Consilia*, 432; CACCIALUPUS, *De debitore suspecto*, pag. 150; oltre ASINIUS, *Processus execut.*, c. 3; MAUSONIUS, *De causis executivis, de suspecto et fugitivo*, 1626. E per diritto piemontese, SOLA, pag. 308.

(2) Stat. di Vigevano, I, pag. 111; Ferrara, II, 23; Faenza, 1527, III, 4; Stat. del Canavese, ed. FROLA, Chivasso, 1306, II, 129; Rivarolo, 1358, III, 129.

(3) Stat. di Lucca, I, 125; Ferrara, II, 23; Bologna, 1454, f. 79; Roma, 1580, I, 98; Milano, 1498, c. 111; Parma, 1347, pag. 150; Genova, IV, 7; WACH, pag. 175.

(4) Se il debito sarà provato, il giudice confermerà la cattura finchè il debitore non pagherà o non darà mallevadori: Verona, II, 53; Pistoia, II, 59; Gubbio, II, 40; DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. sequestri, pag. 127.

Digitized by Google

se absentare (1), quindi con regolare mandato dei consoli e coll'aiuto dei messi del Comune: e non di rado i creditori medesimi venivano immessi direttamente nel possesso dei beni, ed anzi tale immissione non si faceva in via provvisoria, coll'obbligo di procedere poi alla vendita, conforme alle prescrizioni degli Statuti civili e del diritto comune, ma bensì in modo definitivo (2). Tutti gli Statuti mercantili accordavano l'arresto nel caso di sospetto di fuga.

In tale procedura sommaria i presupposti sono: domanda giurata del creditore, spesso anche presentazione di carta pubblica (Sassari), liquidità del credito, affermazione di insolvenza probabile, di sospetto di fuga o di aver deteriorato la condizione economica dopo il contratto (3), e dopo ciò *mandatum* o *parabola* del giudice di pagare, sgombrare, restituire e di incarceramento. Tale precetto è dunque emesso senza esame della causa, *sine attestationibus et allegatis auditis*. O il creditore sequestrava e poi esponeva al giudice il suo titolo e il motivo del suo agire chiedendo ratifica: oppure chiedeva al giudice di essere autorizzato a misure di controllo e di sequestro e ciò in via provvisoria, come inizio di procedimento, anticipazione di esecuzione, cauzione accessoria per futuro giudizio.

13. Non si tratta di quelle misure poste a difesa dei piccoli prestiti di consumo, già sopra esaminate (pag. 629); ma di altre richieste dalle operazioni di maggior portata dei nostri negozianti e banchieri. Il capitale mobiliare trovava che contro i guadagni grassi stavano rischi anche maggiori, che scarse erano le garanzie e che era quasi impossibile ricuperare il denaro prestato o il prezzo della merce quando il debitore varcando il vicino confine si sottraeva agli atti giudiziari. Si era ricorso alle rappresaglie che cambiavano un negozio privato in una pericolosa faccenda politica: si erano conclusi trattati fra città e città per assicurare le reciproche operazioni commerciali e creditorie: ma l'espediente più semplice parve quello di prevenire il pericolo autorizzando il creditore ad agire subito, prima della scadenza del credito, a sequestrare merci e altri beni, quando temeva la insolvenza o

(1) Stat. antiqua mercat. civ. Placentiae, c. 612, an. 1321 (ma vi sono capitoli del sec. XIII), ed. BONORA, nei *Mon. hist. ad prov. parm.*; Stat. di Milano, 1512, c. 41.

(2) LATTES, *Dir. commerc. n. legisl. statut.*, 299.

(3) Così lo Stat. di Firenze, IV, 15; de cessantibus mercat., II, 8.

Digitized by Google

la fuga del debitore. Queste e altre misure preventive erano imposte dall'insufficienza degli organi di polizia. Alcune di esse che noi abbiamo, o non esistevano o erano all'inizio; e intanto con mezzi coattivi devonsi sussidiare credito e fiducia personale. Come garantire i creditori contro i debitori insolventi, fraudolenti e fuggiaschi? Ecco negli statuti quella serie di misure preventive, specie nel caso di fuga temuta, sulle quali alla fine del sec. XV il marchigiano G. B. Caccialupo, prof. a Siena, scrisse un trattatello *de debitore suspecto*, ove spiega come sia *officium iudicis* anche *extra iudicium et sine causae cognitione*, pronunciare *praeceptum de solvendo* o *de tradendo*, e procedere a cattura e sequestri nel caso di sospetto di fuga (1). E i detti provvedimenti *de cavendo* furono riconosciuti dalla posteriore dottrina, che prescrisse le condizioni pel sequestro e la cattura, col giuramento da richiedersi al creditore quale prova che il debitore è impossidente (2), ha preparato il suo fardello, ha preso denaro a grandi usure, ha comperato a credenza per rivendere a contanti o a ribasso (3). E per la cattura valeva anche la scrittura privata *quae tunc plene probat* (4); cattura da eseguirsi in qualunque giorno festivo, fosse anche Natale e Pasqua (5).

14. In conclusione il commercio e il capitalismo italiano nei suoi primi albori non esitarono a invocare protezioni contro tale debitore sospetto di fuga, che le leggi tosto accordarono e che la dottrina riconobbe necessarie e giuste. La dottrina però non trovava nel diritto romano quanto occorreva per giustificare la *missio in possessionem* o la *sequestratio necessaria*, e dovè dare ai testi interpretazioni più ampie ed erronee (6). La discordanza col

(1) Nei *Tract. univ. iuris*, III, 2, pag. 148 ove sono anche i tratt. di Ang. da Perugia, di Iacopo di Arena e di Curzio sui sequestri. V. n. 7 a p. 652.

(2) Se aveva alienato in frode dei creditori, tali alienazioni erano nulle: Stat. di Ascoli, 1486, II, 33; di Camerino, 1560, II, 71.

(3) MAUSONIUS, *De causis executivis*, 1626 qu. 3; FONTANELLA, *Decision.*, 230; MANSI, *Consultat.*, lib. V, 417; *Rota rom.*, pars XIV, recent. decis., 160 e 354. Intorno alle presunzioni di sospetto di fuga v. MENOCHIUS, *De praesumpt.*, lib. III, 59; CURTIUS, *De sequestris*, qu. 2 in *Tract. cit.* III, p. 143.

(4) GENUA, *De scriptura privata*, 1639, lib. I, qu. 4, pag. 19.

(5) Così ASINIUS, *Praxis*, c. 2, § 35; FENZONIUS, nei comm. agli Stat. di Roma, c. 58. LO SCANAROLI, che scrisse nel 1635 un trattato *de visitatione carceratorum*, nell'append., pag. 88, enumera le difese da presentarsi dal debitore arrestato per sospetto di fuga.

(6) I testi invocati erano: l. 16, Dig. de offic., praesid. I, 18; l. 7, § ult.,

Digitized by Google

diritto romano era nemmeno sfuggita ai giuristi antichi ossequienti al concetto che *sequestratio est prohibita* senza giudizio regolare e sentenza (1). Azone l'ammetteva solo *ex voluntate partium* e *ex necessitate* se il debitore è sospetto e se vi è pericolo che fugga colla cosa (2). Al tempo di Durante era ancora ciò controverso: certamente *omnis sequestratio est odiosa et regulariter prohibita a iure*: ma se il debitore dissipa i frutti, non ha beni immobili ed è sospetto, o, come dice Giovanni di Andrea, è di mal costume, si può procedere a sequestro? *Dicunt quidam illud committendum iuratoriae cautioni*; altri lo vogliono carcerato; altri stanno pel sequestro (IV, *de sequestr.*); e Durante segue quest'ultima opinione (n. 6) che era di Giovanni de Deo, *si de dilapidatione constet;* ma se è solo sospetto, *proprio caveat iuramento*. Si era così in tema di perdita di frutti; ma tosto si passò a giustificare il sequestro per garanzia di obbligazioni pericolanti per la fuga del debitore. Dino (m. 1298) (3) a proposito di *scholaris* che medita la fuga per non pagare un debito, dichiara legittima la domanda del creditore al giudice: *faciatis eum capi ut faciat me securum*. Tutti questi giuristi suppongono il decreto del giudice e il sequestro giudiziario, e così anche Bartolo (4), il quale invece in caso di arresto prescindeva da ordine di giudice: *debitor suspectus de fuga potest capi etiam propria authoritate creditoris* (5), così aderendo alla pratica più antica. Invece Baldo, sempre in opposizione a lui, volle il sequestro *etiam die feriata in honorem Dei*, ma sempre per decreto, come per decreto, cioè *regulariter*, si procede a cattura (6). In tal senso sono gli statuti del sec. XIII. Il giudice ordina sequestro od arresto *sine cognitione causae*, o con esame sommario, sulla fede di due testi, col giuramento del creditore (7): *causa cognita non tamen parte citata*,

---

Dig. qui satisd. cog., II, 8; l. 22, § 8, Dig. sol. matr., XXIV, 3; l. 21, § 3, Dig. de appell., XLIX, 1; l. un., Cod. de proh. seq., IV, 4. Cfr. WACH, 82.

(1) Così l. un. Cod. de prohib. seq. pecun., IV, 4; e così anche per diritto canonico: Clem., II, 6.

(2) *Summa*, in lib. IV, Cod. de prohib. seq., pag. 286.

(3) DYNUS MUXELLANUS, *Singularia doctorum in utroque iure*, Lugd., 1570, II, 130.

(4) Ad l. 10, § 16, Dig., XLII, 8; l. 8, dies festos, fin., Cod., III, 12.

(5) Ad l. 25, Dig., XLVIII, 5, ove vuole che la cattura non ecceda le 20 ore, altrimenti si incorre nelle pene del carcere privato.

(6) BALDUS, l. 12, ob aes, auth. immo, Cod., IV, 10, vol. VI, pag. 25.

(7) Glossa ad l. 3, Dig., XXXIX, 1.

Digitized by Google

scriveva Baldo (l. c.). Si diceva: non ha il giudice la *inibitio*, quando invocato colla formola: *praecor vos quod mittatis nuntium vestrum ut A. non aedificet, vel veniat responsurus*, pronuncia nel caso di denunzia di nuova opera? Il giudice può fare altrettanto contro fuggittivo e in casi analoghi, può cioè emettere *praeceptum extra iudicium, sine causae agnitione*: vi è *periculum in mora*; tanto che lo stesso Baldo acconsente che lo stesso creditore possa catturare per condurre al giudice colui che colle merci non pagate si sta preparando alla fuga (1). Dopo si farà la citazione *vel fides de debito*, si convaliderà la cattura o si rilascierà il debitore: si vedrà se dilapidava, se era povero al tempo del contratto, e allora il sospetto coinvolgeva la situazione patrimoniale prefallimentare (2). I poteri del giudice si erano ampliati: lo si autorizzava a sequestrare se temeva la violenza di una parte (3).

15. Il fuggitivo dunque era considerato come insolvente: e se era mercante, era trattato come bancarottiere, e si procedeva anche contro i parenti: *patres, fratres et filii et uxores fugitivorum, factores et soci et omnes ascendentes qui cum eis stant ad unum panem et vinum teneantur et obligati sint in solidum creditoribus eorum fugitivorum. Et contra eos possint procedere ad modum contra fugitivos posset procedi* (4). Dunque la fuga o l'insolvenza erano constatazione di fallimento da retrodatarsi, coinvolgendo i beni prima alienati (5). Procedimento delicato, onde il Caccialupi raccomandava al giudice cautela nell'arresto per non privare il debitore della sua onorabilità. Quindi Bartolo diceva che il giudice dava il *mandatum capiendi quando vult sed non cogitur per partem nisi prius constituat reum in contumaciam solemniter — nisi prius iudici sit allegata causa suspicionis* (6), e il debitore non abbia beni *in loco* (7). Anzi si può dire che Bartolo fu contro l'arresto

(1) Lecturae in lib. Feud., II, 53.

(2) BARTOLUS, in l. 17, aequissimum, Dig. de usufructu, VII, 1, vol. I, pag. 178.

(3) Non è sospetto il mercante che ha *magnum creditum*, sebbene nulla possegga: così Baldo e Giovanni da Imola alla l. 28, Dig., XXIV, 3.

(4) Stat. del capitano del popolo di Firenze, 1322, II, 34, ed. CAGGESE, 1910.

(5) Stat. mercanti di Pisa, pag. 205; Bergamo, 1457, c. 37; Genova, IV, pag. 99; LATTES, *Dir. comm.*, pag. 308.

(6) BARTOLUS, l. 8, Cod. quomodo et quando iudex, VII, 43; l. 12, Cod., de episc., I, 3, v. VII, pag. 22; VIII, 62; l. 19, Dig. de procur., III, 3, v. I, p. 103.

(7) Id., l. 10, § 16, Dig., quae in fraudem, XLII, 8.

Digitized by Google

preventivo: *capi non potest regulariter debitor pro debito civili nisi prius condemnetur et nolit cedere bonis* (1), ed anche se condannato *pro debito* non lo deve tosto *invinculare*, qualora non l'abbia prima escusso nei beni (2): propositi e insegnamenti lodevoli i quali però vengono annullati dalle *fallenze*: *fallit* se sospetto di fuga, se non ha beni sufficienti, se non dà pegni o fideiussori (3). Si vuole ancora che appena arrestato, sia presentato al giudice (4); che non si possa simultaneamente procedere ad arresto e a *missio in possess.*, due atti separati e successivi (5): prima si faccia la *discussio bonorum* anche se lo statuto permettesse senz'altro la cattura (6).

Si potrebbe ancora facilmente proseguire esponendo le tante questioni trattate da Bartolo prima, poi da Caccialupi, da Mausonio (7), ecc., intorno al debitore sospetto, ai requisiti della mala fama, alla fuga *cum re*, alla esenzione dalla cattura per chi ha casa in affitto (Baldus, l. 10, Dig. V, 1), alle qualità di mero impero che deve possedere il giudice, ecc., al tempo in cui può procedersi alla cattura (*in die iuridico*). La dottrina posteriore si allontanò da quanto aveva stabilito quella dei sec. XIV e XV; per quanto si riferiva alla persona del debitore, insistette perchè

---

(1) BARTOLUS, l. 1, Cod., qui bonis cedere poss., VII, 71; vol. VIII, 88.

(2) Id., l. 15 a divo Pio, Dig., de re iudic., XLII, 1: vol. V, p. 110.

(3) Id., l. 3, § tutores, Dig., de suspect. tut., XXVI, 10; l. 2, Dig., qui satisdare cog., II, 8; BALDUS, l. 2, Cod., de exact. trib., X, 19; l. 3, Cod., de execut. rei iudic., VII, 53.

(4) Sembrerebbe che la cattura avvenisse da parte del creditore che lo trattenesse *manibus ligatis* (come dice lo Stat. di Biella, c. 40, pag. 186). Si punisce infatti il creditore per sequestro di persona se immediatamente non lo presenta al tribunale: Parma, 1347, III, pag. 227; Reggio, III, 144. Cfr. ANGELUS ARETINUS, l. 13, Dig., quod metus causa, IV, 2; l. 2, Cod., de exact. trib., X, 19; l. 10, Dig., qui satisdare cog., II, 8.

(5) BALDUS, l. 12, Cod., de testibus, IV, 21; vol. VI, p. 59.

(6) ALEX. TARTAGNI, *Consilia*, vol. II, c. 149; BARTOLUS, Dig., de suspect. tutor., XXVI, 10; PAUL. DE CASTRO, *Consilia*, 37; PARIDIS DE PUTEO, *Tract.*, *de syndicatu*, in *Tract. un. iuris*, vol. VII, f. 227. c. de captura.

(7) CACCIALUPUS di S. Severo, *Tract. de debitore suspecto et fugitivo*, nel *Tract. assecurationis*, Ven., 1570, e nei *Tract. univ. iuris*, tomo III, p. II, pag. 148; CURTIUS, *De sequestris*, id., pag. 143; CAROCIUS, *De excussione bonorum in civil. et crimin.*, Ven., 1603; MAUSONIUS (di Aquila), *De causis executivis, de iudicii assecuratione, de suspecto et fugitivo deb.*, Ven., 1626, 1654.

Digitized by Google

fosse vieppiù sussidiario l'arresto, cioè che all'esecuzione personale dovesse precedere la reale, e pel sequestro dei beni lo permetteva quando trattavasi di credito nascente da pubblico strumento, anche se questo era impugnato, quando agivasi in virtù di patto esecutivo o di sentenza passata in giudicato e anche durante appello o querela di nullità: la pratica napoletana l'accordava nel caso di *attentati* e quando vi era pericolo di sperpero dei frutti e per punire il convenuto che con raggiri ed eccezioni infondate prolungava la lite (1). Nelle curie mercantili dopo il sec. XVI si introdusse il criterio che assieme al timore di fuga fosse quello *de barataria*: ed accolsero quello che era già in uso nei tribunali civili, cioè di richiedere la *iuratoria cautio* al creditore, sottosposto a pene, oltre le spese e i danni, se risultava infondata la domanda e ingiusta la cattura (2).

L'opposizione del debitore apriva il giudizio di merito nel quale si esauriva il sequestro o l'arresto e assieme l'accertamento del credito, colla revoca o la conferma delle misure cautelari (*prosecutio arresti et sequestri*), giudizio che, come si è detto, si doveva esaurire in breve tempo (3).

16. Questi i principii fondamentali del sequestro conservativo propri della pratica italiana fino al principio del sec. XIX. Da essi si scostarono le leggi posteriori al 1815 quando lo accordarono soltanto in pendenza di giudizio, mentre il punto essenziale delle leggi precedenti era di concedere l'esercizio prima della lite e di associarne la giustificazione all'esame del merito della causa. Le leggi francesi introdotte in Italia avevano un'impronta particolare desunta da tradizioni francesi, e furono accolte nel Regno delle Due Sicilie. Ai precedenti nostrani restarono fedeli, per ciò che si attiene al criterio della mala fama, del sospetto di

---

(1) De Afflictis, *Decis. et controversiae iuris*, 1635, c. 48; Maradei, *Processus exec.*, 1701, c. 16.

(2) Stat. di Firenze, tract. de fugitivis, 1415, c. 3; Lucca, 1555 e 1616, III, 1; Lattes, pag. 332.

(3) Tuschus, *Conclus.*, lit. F; Antonellus, *Locus legalis*, lib. II, qu. 24; Ab Ecclesia, *Observ.*, p. I, obs. 121; Farinaccius, *Repertor. iudic.*, qu. 65; Ursellus, *Conclus. legales*, 153; Scanarolus, *De visitat. carcerat.*, lib. III; De Luca, v. *Index*. Mentre a questo punto correggo le prove di stampe, ho notizia dell'op. *Il sequestro giudiziario e conservativo* di A. Coniglio, Torino, 1926, ove la materia è largamente trattata secondo l'antica dottrina e legislazione italiana.

Digitized by Google

fuga e di dilapidazione, sia per l'arresto che pel sequestro, sempre però in pendenza di lite, le leggi procedurali sarde del 1854 e 1859 che seguirono le Costit. piemont. del 1770, il Regol. gregoriano del 1834 per gli Stati pontifici, il Regol. del Lombardo-Veneto del 1841 che si richiamava al Giuseppino del 1781 (1).

§ 3. *Procedimento monitorio.*

17. Ma non bastò ai nostri avi prender provvedimenti contro i debitori sospetti e fuggiaschi, che ancora vollero armare il creditore di un altro espediente rapido per avvisare il debitore degli obblighi assunti e invitarlo ad adempierli. Si allude alla richiesta rivolta dal creditore al giudice perchè, *inaudita parte*, emettesse invito al debitore di pagare o fare opposizione, e ciò dunque in base alla sola affermazione del creditore o alla presentazione di un documento; ordine che cadeva nel nulla per la semplice opposizione non motivata del debitore, cosicchè il giudizio in contradittorio che poteva svolgersi in seguito all'opposizione non decideva sulla revoca o meno di detto ordine, ma sull'azione del creditore.

Il *praeceptum executivum sine cognitione causae* più tardi detto *indiculus monitorius* si introdusse nella pratica italiana in epoca non precisabile ma in modo agevolmente spiegabile. Non si è visto quello che si usava fare contro il debitore sospetto di fuga? Leggi e dottrina ne permettevano l'arresto e il sequestro dei beni anche *propria auctoritate*. Semplicemente l'*urbanitas* consigliava rivolgersi al giudice, il quale o poteva procedere ad atti esecutivi, oppure, se non abbastanza persuaso delle ragioni del creditore o piuttosto davanti alla situazione economica favorevole dell'altra parte, limitarsi ad ammonirlo, invitandolo a pagare o a contestare. Il glossatore Bassiano, in quella *Summa* (2) ove ricorda le novità processuali del suo tempo scriveva: *ex consuetudine quarundam gentium est ut primo reus admoneatur per executorem iudicis, et post deinde ab actore libellum suscipiat*. Era un'*admonitio sine scriptura* e tanto più *sine cognitione causae*, che il giudice apprendeva dippoi per mezzo del libello. Tale dunque la consuetudine del secolo XII. Gli atti esecutivi di conservazione avevano per presup-

(1) Per queste leggi v. CONIGLIO, op. cit., pag. 192 e segg.
(2) *De editione actionis*, in SAVIGNY, III, 440.

Digitized by Google

posto la certezza del debito o il sospetto di fuga: ma anche senza tali estremi era consuetudine chiedere al giudice un atto di monizione tendente a informare il debitore della volontà determinata dal creditore di liquidare la pendenza; e la mozione faceva parte di quelle misure cautelari usate nelle cause di mercanzia, quando esistevano indizi di insolvenza (1).

Spettava ora alle scuole dare a questo espediente, come l'avevano escogitato per tanti altri, sistemazione dottrinale, la quale, secondo le idee del tempo, dovevasi trovare soltanto in qualche testo romano: ed ecco come vi si giunse con faticoso adattamento di detti testi.

Vi era una legge romana (l. 25, Cod. V, 37) che stabiliva come il debitore del pupillo che pagava al tutore quando *prius sententia iudicialis sine omni damno celebrata hoc permiserit*, aveva bene pagato. La Glossa prima e poi i commentatori fino a Saliceto intesero la parola *sententia* nel senso di *praeceptum iudicis*, di *authoritas*, e chiaro quindi senza giudizio, libello, *lit. cont.* Si era soliti nelle scuole e nella pratica dare grande valore al precetto, e in ciò di accordo col diritto canonico valendosi del c. 23, X, *de verbor. signif.*, V, 40, che suppone una sentenza emessa dal giudice *si res est manifesta*: è sentenza che non ha virtù di cosa giudicata, dice la Glossa, *quia non omnis vox iudicis* ha tale autorità; alla quale devesi sempre attribuire importanza, perchè si suppone che il giudice sia persuaso della giusta domanda (2). Durante ricorre al concetto di un *interlocutum* avente però *vim definitivae*, e anche dice essere conforme a diritto che il giudice possa condannare in *petitis sub hac forma*: *si actor probaverit* (3): e la stessa Glossa vi aggiunge: *aut compareat coram eo responsurus*. Ve ne era abbastanza per giustificare il *praeceptum execut. sine cognit. causae*.

Comune fu nei commentatori l'idea di assimilare il precetto alla sentenza interlocutoria o di farne una *tertia sententia*, cioè una terza specie con effetti speciali (4), come pure quella di rite-

(1) Breve Com. Pis., 1313, I, 204; Firenze, Stat. di Calimala, 1332, I, 83; 1415, III, tract. de cessant. et fugit., in CANTINI, XI.

(2) Innocentius IV, *Decretalia*, c. 2, lib. I, tit. 41.

(3) II, de sent. et interloc., § 2, vers. est quoque; de forma sent., § ut autem. Sul processo monitorio v. SKEDL, *Mahnverfahren*, 1891.

(4) Così ANGELUS ARETINUS DE UBALDIS, *Comm.* ad l. 72, Dig., V, 1; e ad l. 28, sancimus, Cod., de admin. tutorum, V, 37.

Digitized by Google

nere giusto ogni precetto (1), al quale i canoni assegnavano esecuzione parata (2). Si diceva: *praeceptum tenet etiam sine causa si concernat authoritatem iudicis et de modico praeiudicio tractaret* (3): e si era appunto nel caso. Baldo fu il più favorevole al *praeceptum sine causae cogn.*, che assimilò a una nuda citazione, e invocava il c. *tua, X. de coabit. clerici et mulieris* (4): citazione negativa perchè se il precettato non compariva, *praeceptum stat firmum, transit in iudicatum.*

18. Il detto *praeceptum* distinguevasi dagli altri *de solvendo, de comparendo, de discumbrando* per una clausola solita ad aggiungersi: *si senseris te gravatum compareas*, o come dicevasi in Piemonte: *salvo l'ingiunto abbia cause in contrario* (5). Detta clausola entrò nei tribunali col nome di *clausula salutaris* o *iustificatoria*, perchè *iustificat mandatum et si venerit resolvitur in simplicem citationem* (6).

Dire che il *praeceptum sine cognitione causae* non ebbe contradittori, sarebbe erroneo, ma sono rare le regole che non fossero negate dagli stessi che in altri punti le avevano affermate. Procedendo per casi, sottilizzando con argomenti fallaci, davano parvenza di verità ad eccezioni neganti regole altrove stabilite: del resto le contradizioni sono facili laddove le soluzioni non sono affidate a teoriche generali. Così fu del *praecept. s. c. cogn.* o *praeceptum nudum*, come era anche chiamato, o *ex abrupto*. Bartolo dichiarava che di regola non dovrebbe valere (7); essere una transazione colla pratica, in offesa alla regola: *non est inchoandum ab executione*, ma poi concludeva: *praeceptis iudicum etiam sine ordine et causae cognitione parendum est* (8). Paolo di Castro scrisse

(1) Gloss. in l. 13 iniuriarum, § 1, Dig. de iniuriis, XLVII, 10; in l. Herennius, Cod., de evict., VIII, 45.

(2) Gloss. in c. 3, innotuit, X, de eo qui furtive ordinem, V, 30. Gloss. in l. si debitori, Dig., de iudic., V, 1.

(3) CYNUS, *Lecturae* in l. quotiens, Cod., de fideicom. VI, 42.

(4) Ad l. 2, Cod. de servit., III, 34; l. 2, Cod. I, 3; l. 5, Cod., VII, 57.

(5) Carlo III di Savoia, 1513, dispose che l'opposizione equivalesse a semplice citazione: AB ECCLESIA, *Observ.*, I, 115; SOLA, pag. 246; *Practica legale secondo la ragione comune e le Costituz.*, 1772, I, pag. 125.

(6) LANFRANCUS DE ORIANO, rubr. de citat., n. 9; ANGELUS DE UBALDIS, ad l. 72, Dig., V, 1.

(7) BARTOLUS, ad l. 77, § 11, Dig,. XXXI, 1, de legatis, vol, IV, p. 40; BALDUS, ad l. 2, Cod. de servit., III, 34.

(8) Ad l. 1, nimis propere, Cod. de exsecut. rei iudic., VII, 53, VIII, 75.

Digitized by Google

un consiglio per combattere tale precetto (*Cons.* 39). Gli inconvenienti erano visibili e avvertiti; e tuttavia non impedirono che *quasi totus mundus utitur praeceptum cum iustificatione* (1): *quotidie faciant boni iudices pro faciliori exitu iudiciorum.* La pratica delle curie romane e dei tribunali della Marca anconitana usavano lettere con cui si ordinava pagare *antequam detur sententia*: *tamen addunt unum verbum*: *scilicet si senseris te gravatum compareas coram nobis.* Però qualche città lo vietò: Verona, 1450 (II, 56, 57); Bologna, 1510: *praeceptum non valet si citatio non praecedat etiam si in praecepto diceretur*: *si pars senserit se gravatam infra certum tempus debeat comparere* (2). Al sec. XVII si manifestò contro il precetto cum *claus. salutari* una spiccata avversione. A Lucca era regola: *non est inchoandum a praeceptis* (3); così anche nelle curie di Firenze e di Roma (4). Invece in Piemonte e nel ducato di Modena il detto precetto era consacrato anche dalle leggi del secolo XVIII (5), e nel Napoletano la *clausola salutaris* basata su una tradizione secolare continuò fino alle riforme di Carlo III del 1738.

19. Il procedimento relativo era molto semplice: la domanda doveva essere accompagnata da una prova semipiena, imperfetta: quindi in questo caso si diceva che anche quelle prove per se stesse insufficienti autorizzavano il giudice a concedere il precetto o *indiculus monitorius* (6). Altri richiedevano prova scritta, istrumento pubblico (7): o essere la domanda redatta in forma di libello, cioè motivata tanto che il giudice si persuadesse di poter ordinare la citazione dando a questa valore e significato di precetto: e alcuni volevano che, come questa, fosse il precetto rinnovato tre volte (8).

Questo procedimento, anche esso « ingegnoso prodotto della

(1) PAULUS DE CASTRO, ad l. 5, § 10, Dig., XXXIX, 1.

(2) L'ammise invece lo Stat. di Milano, 1421, c. 187; e la pratica napoletana: MARANTA, VI, de sent., pag. 457.

(3) MAGONIUS, *Decis. lucenses*, dec. 15 e 29.

(4) Id., *Decis. Rotae florent. et lucensis*, 1605, 128; RODOLPHINUS, *Praxis*, p. II, c. 4, n. 45; CAROCIUS, *Decis., casumm*, Ven. 1601, dec. 19.

(5) Costit. piemont., III, tit. 30; Costit. estensi, lib. I, tit. VIII.

(6) MENOCHIUS, *De praesumption.*, I, qu. 40; MASCARDUS, *De probationibus*, III, concl. 1223.

(7) TONDUTIUS, *De praeventione iudiciali*, Lugd., 1659, p. I, c. 27.

(8) MENOCHIUS, *De arbitr. quaest.*, c. 109; TUSCHUS, *Concl.*, l. P. conclus. 796; PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, vol. III, pag. 271.

Digitized by Google

pratica italiana anteriore alle codificazioni fu fedelmente imitato e più sapientemente sfruttato nelle legislazioni tedesche che non nella stessa legislazione italiana, bruscamente tagliata fuori, a causa dell'influsso francese dalle sue tradizioni nazionali » (1). Infatti scomparve dalle nostre codificazioni posteriori al 1815, eccetto che dal Codice estense del 1852 (2), per poi ritornare in Italia ed essere rimesso in onore anche da noi, riconoscendo i vantaggi che si possono ottenere da esso per l'inversione della iniziativa del contradittorio, in relazione alla celerità con cui si può giungere al titolo esecutivo. Di contro all'ordinario processo di cognizione l'antica pratica e dottrina italiana erano giunte ad ordinarne un altro in cui l'attore, mediante ricorso al giudice e *inaudita parte*, otteneva un precetto di pagamento che, in mancanza di opposizione da farsi entro il termine stabilito, acquistava efficacia di titolo esecutivo. Si è riconosciuto conforme all'esigenze della nostra economia di ritornare a tal procedimento, che ha il vantaggio della rapidità.

§ 4. *I titoli esecutivi.*

20. L'esecuzione *sine cognitione causae* non riusciva a conseguenze definitive, poichè dalla resistenza della parte nasceva un giudizio, generalmente sommario. Il precettato eccepiva l'incompetenza, il pagamento, la compensazione, ecc., e le eccezioni erano discusse, salvo la *poena dupli et tripli*, se riscontrate infondate. Diversamente era per la sentenza passata in giudicato, dopo esauriti gli appelli e le tre conformi, e così anche per il lodo approvato dalle parti con espresso o tacito consenso ed omologato dai tribunali: per l'una e per l'altro l'esecuzione segue per l'autorità del giudice che ordina *facere, dare, exibere*. Secondo il diritto romano gli stessi effetti attribuivansi alla *confessio in iure*, che i glossatori e i commentatori interpretarono così: confessione fatta alla presenza del giudice e dell'altra parte: errore, ma apportatore di buone conseguenze, in quanto che alcune delle facoltà

(1) CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, 1926, pag. 8.

(2) Il Cod. estense 1852, a. 441, accolse l'istituto laddove diede all'escomio o alla disdetta effetto di cosa giudicata: VIANI, *Proced. civile del cod. estense*, 1816, pag. 340; RAISINI, *Proc. civ. estense*, 1853, pag. 248; CHIOVENDA, 219.

Digitized by Google

proprie del giudice si attribuirono anche al notaio, che era detto *iudex chartularius*. Si disse: i contraenti possono vestire le loro promesse nella forma di una confessione giudiziale o quasi giudiziale; e poichè anche il notaio è in certo senso giudice, può emettere, come il vero giudice, il *praeceptum seu mandatum de solvendo executivum* entro un dato termine. Tali conseguenze derivavano dalla regola: *confessus pro iudicato habetur*, confessione che alcuni, fabbricando una falsa autentica, come riferisce Azone (1), volevano portare agli stessi effetti anche se fatta *coram amicis vel vicinis*. Ciò parve eccessivo e non fu ammesso; ma il fatto stesso che erasi inventato una legge romana per allargare la sollecita e coattiva esazione di credito, dimostra la tendenza della pratica italiana a rompere gli indugi dell'ordinaria procedura. In conseguenza della confessione *in iure* il giudice accordava al creditore col *preceptum de solvendo* anche il *mandatum de ingrediendo* nei beni del debitore se questi non pagava entro il termine. La Glossa espone l'uso del tempo: *si autem extra ordinem fecit eum interrogari et fuit confessus, tunc fit ei unum praeceptum de solvendo, secundum consuetudinem generalem* (2). Tale *confessio extra ordinem*, dice Odofredo, si fa *tota die in civitate ista*, cioè a Bologna: le due parti contraenti vanno dal giudice e il debitore confessa il suo dare: *iudex facit ei praeceptum secundum consuetudinem locorum* (3): era il precetto di pagare alla scadenza, di cui il creditore munivasi in antecedenza, così che nel caso di mancato pagamento poteva procedere all'esecuzione senza richiedere un nuovo precetto.

Tali facoltà furono anche attribuite al *iudex cartularius*, cioè al notaio se davanti a lui il debitore assumeva gli stessi obblighi che si era usi assumere davanti al giudice, se quindi egli era autorizzato a inserire nel pubblico istrumento il *pactum de ingrediendo*, in virtù del quale il debitore accordava al creditore *licentiam apprehendendi, vindicandi, ingrediendi res suas ubicumque possit invenire* non pagando al giorno convenuto: clausola o patto che in seguito divenne di rito, e che i giuristi assentivano, de-

(1) *Summa in lib. VII Cod.*, l. un. de confessis, pag. 206. Della stessa falsa Auth. parla Roffredo Beneventano, *Tractatus libellorum*, 1500, f. 86.

(2) Glossa ad Auth. de exhibendis et introd. reis, Nov. LIII, c. 3.

(3) Super Codic., l. un. de confessis pag. 465; PETRUS DE UNZOLA, Addit. alla *Summa Rolandini*, c. 9, de iudiciis, II, fogl. 102, Ven., 1512.

Digitized by Google

rivandola dalla già ricordata Costit. imperiale (l. 3, Cod. VIII, 14): *creditores qui non reddita sibi pecunia conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur*. Essa è riconosciuta valida dalle leggi del sec. XIII, le quali dichiarano tali precetti fatti da notaio *habeant vim sententiae et qui non solverit infra terminum sibi datum, possit termino transacto forbanniri et pignorari* (1). Dunque la clausola o meglio il precetto *praesentibus tribus testibus* (Padova, id.), supponendo la concessione di un'ipoteca su tutti i beni del debitore, traeva seco un *ius paratae executionis*, cioè di immediato pignoramento e col banno in caso di resistenza, e ciò *a petitione del creditore, senza porgimento di libello, figura e strepito di giudizio*, come sentenza passata in giudicato a cui non potevasi opporre che pagamento, *overo pacto de non adomandare, strumento de refiudanza* (2). Più tardi si dirà che in tali carte confessionate esisteva una citazione sospesa *in confessum ut solvat* (3), anzi l'accettazione di sentenza come fosse pronunciata dopo giudizio.

Dunque la legislazione statutaria del sec. XIII era giunta a collocare sentenza, confessione *in iure* e precetto notarile allo stesso grado per gli atti di esecuzione parata, con pignoramento e bando, cosicchè chi aveva credito derivante da carta notarile aveva diritto di citare a brevi termini il debitore, produrre la carta *et si reus non contraddixerit tunc elapso termino citationis seu cridationum fit cedula ad accipiendum per vim tenutam de bonis seu ad forbaniendum ipsum si actor viam forbanitionis elegerit*: e tutto ciò con rito sommario, senza *lit. cont.* Così a Padova (l. cit.), nè diversamente dispone lo Stat. di Pistoia del 1284 (ed. Zdek, II, 3); il podestà a presentazione di strumento notarile faccia precetto di pagare entro breve termine, *retenta virtute videndi rationes*, cioè se vi sarà contestazione: e non pagando si proceda agli atti esecutivi come per sentenza.

21. Come gli strumenti notarili avessero in Italia acquistato il valore proprio delle sentenze, è fatto che spiegasi col carattere di pubblici ufficiali attribuito ai notai fin dagli ultimi tempi dell'Impero e da essi conservato anche sotto le monarchie germa-

(1) Stat. di Padova, 1236 (ed. 1551), IV, 5; Pisa, 1286, c. 147, ed. BONAINI, pag. 258.

(2) Stat. di Perugia, 1342, II, 15, ed. AZZI.

(3) MARANTA, VI, de sententia, n. 27.

Digitized by Google

niche (1). Organizzati in corporazioni, pur senza possedere il monopolio degli atti, ma avendo riconosciuto da re Rachis, 740, che i loro documenti fornissero piena prova, furono circondati da tal credito da essere equiparati ai pubblici ufficiali (2). A Benevento nell'866 fu ordinato che gli atti privati dovessero scriversi da notai a scanso di falsificazioni (3). Nel secolo IX e X il notariato assunse carattere pubblico, gli *scribae* furono autorizzati dal re e si dissero *notarii s. palatii*, i loro atti furono muniti di fede pubblica (4). Nel Napoletano, dove si era mantenuta l'insinuazione alla Curia degli atti di trapasso dei beni immobili, a tutela dei diritti fiscali, i notai furono ufficiali autorizzati, costituiti in corporazione sotto un *primarius* e i loro atti ebbero il nome di *acta curialisca* (5). Poi Federico II (I, 62) ordinò che *contractus fere omnes coram iudicibus et notariis celebrantur*.

Al sec. XIII l'autorità dei notai, al nord e al sud d'Italia, era pienamente riconosciuta: venivano chiamati *iudices ordinarii* (6), con giurisdizione volontaria e con quella *cognoscendi et iudicandi*, e ciò è sufficiente a spiegare il titolo di *iudices cartularii* e quella equiparazione dei loro atti alle *confessiones in iure* raccolte dai giudici ordinari. Quelli che avevano ricevuto dichiarazione di debito fatta davanti al notaio erano garentiti con una speciale procedura di esecuzione, con quella appunto riservata alle sentenze, onde il nome di *praeceptum guarentigiae* e di strumenti

(1) Sul notariato in Italia, vedi MURATORI, *Antiq. ital.*, I, diss. 12; OESTERLEY, *Notariat*, I, *Geschichte*, 1842, § 11-12; BRESSLAU, *Handbuch der Urkund. für Deutschland und Italien*, 2ª ed., 1915, I, 1, pag. 216 e segg.; id., *Urkundenbeweis u. Urkundenschreiber im alteren deut. R.*, in *Forschungen zur deut. Gesch.*, XVI, 1-66; FICKER, II, 69; PERTILE, § 223; DURANDO, *Il tabellionato: leggi romane e medievali*, 1897; TARDY, *Tabellions romains iusqu'au X siecle*, 1901; DEJOB, *Notaires en Italie*, in *Miscell. in onore di Manno*, 1912; TORRELLI, *Studi di diplom. comunale: Notai e sentenze*, 1915.

(2) Per l. long. Lothari, 94, dovevano giurare di non commettere falsi.

(3) Cap. Adelchis, 866, c. 8; cfr. BRUNNER, *Zur Rechtsgesch. d. roem. und german. Urkunden*, 1880, pag. 22.

(4) Ad Asti, 887, si negò efficacia a una carta perchè non scritta da pubblico notaio. Al X e XI sec. i notai hanno il titolo di notai regi.

(5) BARONE, *Corso di paleogr. e diplom.* 1904.

(6) ODOFREDUS, ad l. 1, Cod., de iurisd., III, 13, f. 157 parla dei *iudices de quibus multi sunt in Tuscia*, che hanno privilegio dal principe come giudici; e BUTRIGARIO (1274-1348) *Super Codice*, 1516, f. 94 indica i notai di Toscana col nome di *iudices ordinarii* che hanno giurisdizione *inter volentes et mandant in instrumento, et multi sunt in Tuscia*.

Digitized by Google

guarentigiati, dato agli atti notarili (1). L'emettere tali precetti era privilegio dei notai (2), e il podestà a presentazione dell'atto e su richiesta del creditore doveva *facere capi... et bona sequestrari* (2). Da quanto si è detto è possibile seguire lo svolgimento di tali facoltà attribuite al notaio, il cui atto in principio ha solo valore di prova e che finisce per essere eguagliato a sentenza. Al momento della stipulazione il debitore consentiva ad essere condannato (e *condemnatio* è il nome che ebbe lo strumento notarile in Lombardia) ed al *praeceptum de ingrediendo*, e ciò con giuramento o con pena convenzionale: *dicit tabellio et praecipit per sacramentum guarentigiae quod observent et faciant partes quod promiserunt* (4), giuramento che si era conservato anche nel sec. XIV. I notai *qui habent privilegium a principe quod sint iudices et notarii de quibus multi sunt in Tuscia* (5), furono riguardati possedere *iurisdictionem sine administratione*, abilitati a emettere precetti come i giudici a richiesta delle parti, precetti che poi inserirono di consuetudine, non diversamente da altre formole e clausole. La stessa evoluzione del resto era avvenuta anche per la esecutorietà delle sentenze, che in principio richiedevano citazione, precetto del potestà *ad solvendum*, dilazioni, esame delle eccezioni (6). Consegue da tutto ciò che il precetto non riesciva ad esecuzione parata se non in caso di acquiescenza, come *factum post contumaciam* o di insolvenza (7).

22. Fu tradizione dei nostri giuristi più antichi che la Toscana sia stata la patria della *guarentigia*. Il nome esotico ha indotto altri in diversa opinione: ma esso aveva già ottenuto citta-

---

(1) Fa la sua comparsa nel sec. XIII (PAOLI, *Arch. storico ital.*, X. 1882, pag. 350); poi lo si omise ritenendolo inerente all'atto notarile.

(2) BALDUS, in l. 4, Cod., VIII, 48: *tabellio non potest facere praeceptum guarentigiae nisi in privilegio fiat mentio*, vol. IV, 171.

(3) Stat. Com. Pistorii, ed. ZDEK, II, 3: *Si quis fuerit detentus ex instrumento guarentigiae non audiatur nec relaxetur nisi depositum fecerit de pecunia... de duplo...: facto tali deposito relaxetur et infra mensem ius suum prosequatur*. Ciò era contenuto nel giuramento; v. Stat. di Viterbo, 1251, II, 3, ed. CAMPI, 1872; Pistoia, II, 67. Per la Lombardia, LATTES, 125-132.

(4) GUIDO DE SUZARIA, *Tract. de instrum. guarentigiae*, 1549. I testi di molti antichi giuristi e di statuti sono riportati nel II vol. di BRIEGLEB, *Ueber executorische Urkunden und executiv Prozess*, 1839.

(5) ODOFREDUS, *Super Cod.*, l. I, de iurisd. omnium iudic.

(6) ROFFREDUS BENEVENT., l. cit. in *Repetiones*, Lugd. 1572, p. 168.

(7) DURANTIS, II, 3, de sententia, § 2; de execut. sent., § 3.

Digitized by Google

dinanza nel Piemonte e nell'Emilia (1); e il verbo *garantire* era già entrato nel nostro patrimonio linguistico. Che lo svolgimento della guarentigia notarile sia avvenuto in Toscana è naturale e consentaneo all'attività economica della società mercantile toscana che conobbe le esigenze del capitalismo e del risparmio che cerca impieghi fruttuosi in prestiti e rifugge e teme le lungaggini delle procedure, e fu incoraggiata a investire i notai della stessa autorità delle magistrature giudiziarie e a permettere che i loro atti valessero come *res iudicata*, avessero *parata executio sine libello et lit. cont. vel alio ordine iudiciali* (2). E poichè il notariato in Italia era salito a tanta considerazione ed era vero ufficio pubblico, ecco che quanto era praticato in Toscana divenne diritto comune, cioè in tutte le parti d'Italia si riconobbe ai notai tale potestà (3). Quello che in Toscana erano gli strumenti guarentigiati, erano in Umbria i *confessionati*, le carte di *stile sigillato* in Piemonte, l'*obligatio cameralis* o *in forma camer. apost.* a Roma, l'*instr. penes acta* a Napoli, la *scriptura de terc* in Sardegna pel terzo da pagarsi al fisco in caso di mora: variarono i nomi, ma tutti questi atti scritti da notaio furono titoli esecutivi.

La pratica li aveva introdotti; l'agile mentalità e il senso della contingenza dei nostri giuristi li disciplinarono collegandoli alla confessione e per gli effetti ai modi di eseguire le sentenze (4). Davanti al notaio, si disse, la confessione è solenne, è pubblica, e se nessuno protesta alla pubblicazione dello strumento, questo acquista efficacia di giudicato e garantisce il creditore. Quale conferma di pratica italiana si può invocare il modo veneto di pubblicare gli strumenti presso la Curia e quello di fare le *traditiones per cartam* alla presenza del giudice *testibus intervenientibus et quasi sub figura iudicii*. Quindi il creditore, come il compratore, non ha bisogno di giudizio, di prove, di sentenza, perchè tutto ciò è già avvenuto. Alla scadenza può senz'altro procedere sulla base del titolo notarile, perchè ha ricevuto da chi poteva darlo un *praeceptum in confitentem*, e basta la sua *denunciatio* per essere

(1) Stat. di Bologna, 1250, IV, 21; Stat. di Pietro II di Savoia, 1263, c. 4; Costit. di Siena, 1262, II, 98, 108.

(2) Oltre i cit. stat. di Pistoia, Bologna, Siena, v. SANTINI, *Doc. dell'antica costituzione di Firenze*, 1895, pag. 406.

(3) Stat. di Bologna, 1250, IV, 27; Brescia, 1225, 1277, III, 75.

(4) Stat. di Brescia, 1277, III, 75; Bergamo, 1331, III, 4; Ancona, 1355, V, 3; Faenza, III, 6; Costit. egidiane, ed. SELLA, V, 3.

Digitized by Google

investito della *tenuta* dei beni del debitore insolvente, tosto messo *in banno*. Senza processo, dice lo Stat. di Modena, 1327, alla presentazione dell'istrumento pubblico il podestà deve *facere disbrigari* i beni del debitore se sono *imbrigati*, venderli all'incanto *et venditio defendere* e darli *in solutum* in mancanza di compratori senza giusta stima (1).

Da ciò si comprende come ne riuscì esaltata l'arte notarile dal momento che i suoi atti erano esecutivi come le sentenze (2). Giasone del Maino nel sec. XV mette in rilievo la giurisdizione dei notai o per statuto (*habitu*) o per la nomina da parte dei conti palatini: *nam in partibus Lombardiae quando comites palatini creant aliquem notarium faciunt etiam eum iudicem et isti sunt proprie iudices chartularii*. Ma non tutti i notai avevano tali facoltà: e Giasone distingue i *notarii* dai *iudices chartularii* o *iudices tabularii* che posseggono *iurisdictionem et administrationem* potendo spiccare *mandatum de solvendo*: e questo notaio privilegiato allora *per statutum vendicat sibi partes iudicis* (3), cioè cumula colle funzioni notarili anche quelle di *iudex ordinarius*.

23. La procedura era la stessa delle sentenze, cioè esecuzione personale e reale *incipiendo etiam a captura persone*: e ciò sulla base di qualunque *publico instrumento liquido* anche *non continenti guarentigiam* (4); e in questo senso sono gli statuti dell'Emilia che minacciano procedimento speciale *super pecunia exigenda et recuperanda a debitoribus... de omni precepto quod de cetero fiat in confitentem*. Entro tre giorni dal precetto dovevasi pagare, altri-

---

(1) Stat. di Modena, III, 15, pag. 295; Frignano, 1337, III, 40, ed. SORBELLI, 1915.

(2) GUIDO DE SUZARIA (1266), *De instrum. guarentigiato*, in *Tract. univ. iuris*, VI, 2; A. DE CANARIO, *De executione instrum.*, id., V; DE BARZIIS, *De guarentigiis*, 1504; BRIEGLEB e WACH citati; BAUMGART, *Entwickelung der Schuldhaft im ital. Recht des M.A.*, 1914, p. 22, 234; FREUNDT, *Werthpapiere in antiken u. frühmittelalt. R.*, 1910; LATTES, *Diritto commerciale nella legisl. statutaria italiana*, 1884; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo* I, p. 77, 227-252, 1901; RODOLICO, *Del comandamento della guarentigia negli statuti fiorentini*, 1900; SCHUPFER, *Obbligazioni secondo gli Statuti di Roma e dello Stato romano*, in *Rivista ital. delle scienze giurid.*, 1900; *Il diritto delle obbligazioni nel risorgim.*, 3 vol. 1920; MELONI, *Istr. guarent.* in *Studi d. Fac. giur. Cagliari*, VIII, 1915; SALVIOLI, *I titoli al portatore nella storia del diritto italiano*, 1883; id., *Storia del dir. italiano*, 8, ed. 1921, pag. 596 e segg.

(3) L. 7, Cod., de iuris et facti ign., in BRIEGLEB, II, 232.

(4) Stat. di Firenze, II, 57; Perugia, II, 29; Assisi, II, 11.

Digitized by Google

menti *detur ei tenuta vel in banno ponatur ad arbitrium et voluntatem creditoris* con mandato del giudice. Se eccepirà la falsità del titolo, dovrà provarlo (1). In altri luoghi era di rigore la parola *guarentigia* o altra equivalente; e se mancava, il procedimento era diverso.

Dopo il sec. XIV l'assimilazione degli strumenti notarili guarentigiati alle sentenze fu detta di diritto comune, il che prima aveva negato Durante, attribuendola alla consuetudine municipale (II, 2 de renunc. et concl., n. 39); ed aveva ragione, perchè il diritto romano non la conosceva (2) e solo in fatto di deposito concedeva che immediatamente si costringesse il depositario a restituire, riservando le eccezioni a giudizio speciale (l. 11, Cod. IV, 34). E lo stesso Bartolo (in l. 2, Dig., *de iureiur.*, XII, 2) attribuiva l'esecuzione parata al giuramento pronunciato dal debitore davanti al notaio. E poichè si supponeva che la confessione del debito fosse giurata, così si diceva che questa ossia la guarentigia, che era lo stesso, fosse forma di stile da intendersi apposta anche se non vi era (Perugia, 1536, II, 30; Gubbio, 1616, II, 36), a meno che si trattasse di piccole somme, e da osservarsi anche nel silenzio degli statuti: questi però erano per lo più favorevoli ad accordare tale efficacia agli atti notarili quando il notaio avesse i requisiti di cartolario con giurisdizione quella cioè non contenziosa ma volontaria; e tali requisiti si finì per estenderli a tutti i notai (3).

Risulta così che in Toscana e in qualche altra regione, ove i notai erano ritenuti investiti di giurisdizione e dicevansi *iudices chartularii*, non era richiesto intervento del tribunale per rendere esecutivi i loro strumenti. Questo intervento invece, da cui la stessa Glossa e Azone e i vecchi giuristi non prescindevano (4), fu richiesto specialmente nei paesi retti a monarchia: in questi la *iurisdictio* doveva essere unica e da essa dipendere baroni e notai: ecco la ragione per cui in Piemonte, negli Stati pontifici, nel Napoletano, in Sicilia e in Sardegna la clausola esecutiva inserita nell'atto notarile non ebbe l'efficacia che accompagnò

(1) Stat. di Modena, 1327, III, 12; Friguano, 1337, III, 21.

(2) l. 40, Dig., IV, 4; l. 4, § 4, Dig. XLII, 1; l. 2, Cod. VII, 52.

(3) Dottrina introdotta da Bartolo. Per la pratica delle Marche v. CABALLUS, *ad Const. Marchiae*, V, 5.

(4) Cfr. AZO, *In lib. XI Cod.*, de tabul., p. 1037, 1261. BRIEGLEB, I, pag. 2, 5, 12, 20.

Digitized by Google

in Tuscia et in Lombardia, come asserisce Guido da Suzara, la guarentigia cioè non liberò dall'obbligo di rivolgersi al giudice per ottenere *praeceptum de solvendo*. La differenza fra la pratica lombarda e toscana e quella meridionale è così messa in rilievo da Roffredo di Benevento (1ª metà del sec. XIII): sulla base di strumento notarile si procede ad esecuzione *sine libello et iure extraordinario in Lombardia et Tuscia*: un giorno si richiedeva l'ordine del podestà, ma poi si era inteso che anche l'istrumento notarile avesse esecuzione parata, salvo le eccezioni inserite negli statuti (1); e così fu la pratica nel sec. XIV: *consuetudo Tuscorum est ut instrumenta guarentigiata et confessata habeant paratam executionem quemadmodum definitivae sententiae*. Inoltre *in partibus Tusciae sunt iudices ordinarii et habent tantummodo iudicandi facultatem inter volentes* (2).

24. Nel Piemonte gli strumenti notarili col suggello del Principe, o di uno dei suoi Consigli o di una qualunque delle Curie avevano forza di cosa giudicata e il giudice era tenuto mandarli ad esecuzione senza obbligo di cauzione per parte del creditore a meno che il debitore non provasse il pagamento o non opponesse eccezione perentoria di tale natura atta a sospendere l'esecuzione di sentenza. Si dicevano *sigillati* (*stile di sigillato*). Il creditore implorava *pro executione* e all'implorazione seguiva un giudizio sommario o accelerato (Amedeo VI, 1379), in cui si constatava il credito, si respingevano le eccezioni infondate, si emetteva sentenza impugnabile per via di supplica od appello: tutto da finire entro due mesi (3). Il giudice per riconoscere efficacia a tali strumenti sigillati doveva badare all'apparenza estrinseca loro.

25. E, come si è detto, anche nel Napoletano occorreva precetto di giudice per rendere esecutivo l'atto notarile, il quale

---

(1) *De libelli et ordine iudicior.*, p. IV in *Repetion.* Lugd. 1572, p. 184.

(2) FULGOSIUS (1374-1427), in *Cod.*, l. un., de confessis, vol. II, pag. 173; l. 3, Cod., ubi et apud quem cognitio, vol. I, pag. 116; BRIEGLEB, II, pag. 163 e 164. E ciò per disposizione di statuto aveva già detto un secolo prima ODOFREDO, id., pag. 22.

(3) Stat. di Pietro II, 1; quelli di Amedeo VI, 1379; di Amedeo VIII, 1430; NANI, *Memorie d. R. Accad. di Torino*, vol. XXXIV; id., *Istromenti sigillati e stile di sigillato*, in *Vol. in onore di F. Schupfer*, II, 1898; SCLOPIS, *Storia dell'antica legisl. del Piemonte*, 1833, pag. 280. Il dir. can. aveva eguagliato atti notarili e sigillati: c. 2 e 6, X, II, 28; DURANTIS, I, 2, de instr. edit., n. 298.

Digitized by Google

secondo le Costit. (I, 83) e i Riti (170 e segg.), non aveva il *robur* necessario. La supplica era presentata alla M. Curia colle parole: *M. C. iustitiam faciat*: a cui rispondevasi: *expediatur et consignetur citatio*. Se il citato non compariva, allora *ponitur poena in libro inferni*, e all'attore consegnavansi le *literae executoriales*. Il citato purgava la contumacia presentandosi anche di sera, *ante cantum galli*, e allora sfuggiva al carcere.

Dopo la citazione il giudice emetteva, per l'esecuzione degli strumenti notarili, giurati, *penes acta*, due precetti di *solvat*: dopo il primo potevansi opporre eccezioni dilatorie e gravame di *contrario imperio*: dopo il secondo le perentorie (Ritus, 166): dal giuramento non osservato seguiva la esecuzione criminale per esecuzione di strumento; e allora *statim carceretur in carceribus* (1). L'appello non impediva l'esecuzione. Anche la Pramm. 1738 (§ 3, n. 3) confermava che il debitore non fosse udito nelle sue eccezioni, se prima non si costituiva in carcere o non facesse deposito *ad finem assecurandi iudicium et ad finem obtinendi audientiam adversus instrumentum* (*Ritus*, 166; *Pragm.* 8, § 7, *de liquid. instrum.*, an. 1639). Il carcere era andato in disuso e invece, finzione tanto curiosa quanto inutile, davasi precetto *de tenendo domum loco carceris*, e così *audiatur in iuribus suis*; e allora cominciava il cosidetto giudizio di liquidazione di strumento, contro il quale il napol. Maradei al principio del sec. XVIII sciorinava un elenco di 155 motivi per invalidarlo (2); e si era in fase di esecuzione!

Lo stesso ordine del giudice occorreva per l'esecuzione delle lettere di cambio (3), polizze o apoche bancali, liquidabili *via Ritus*, *obliganze penes acta*, lo stesso per le scritture private riconosciute in giudizio o verificate per prove e contumacia (4), per le condanne pecuniarie in cui incorreva il debitore che non avesse consegnato il pegno alla ricerca amichevole dell'agente sulla intimazione detta *per amore* e avesse subìta quella detta *per forza*. Ai ricorsi di condono rispondevasi colla formola: *in similibus non*

---

(1) Ritus M. C., 166; MARANTA, VI, act. 8; FRECCIA, *De praesentatione instr.*, Ven. 1590, lib. VI, c. 2.

(2) *Processus exec. de liquid. instr.*, 1701, pag. 52 a 136.

(3) Ritus, 128; Pragm. 9, de actuariis. La parola *pagheremo* era equivalente alla clausola esecutiva: SCACCIA, *De comm. et mercatura*, § 7, gl. 5.

(4) GENUA, *De scriptura privata*; Ven., 1615; GAITUS, *De credito, de oblig. penes acta*, ecc., 1641; *Practica legale*, p. I, tit. 18, § 1 e 2.

Digitized by Google

fit remissio. E oltre le spese al fisco vi erano le sportule ai giudici per le licenze accordate agli atti esecutivi (1).

Anche per questi titoli « firmati per mano del debitore e da tre testimoni non si possa allegare per il debitore ecettione alcuna *nisi prius facto deposito* o vero constituto il debitore in carcere... perchè di questo modo si toglieranno molte liti che per dilationi delli debitori hoggi sono immortali »: così a Napoli nel 1607 (Pragm. 3, *de literis camb.*). E nel 1737 Carlo III così disponeva: « Averso le obliganze *penes acta* incusate non si ammetta qualsiasi eccezione, *nisi facta reali solutione*. E dopo la spedizione delle lettere esecutoriali per polizze bancali non sia inteso il debitore *nisi in vinculis vel facto deposito*, rinnovando tutte le Pramm. ecc. » (Pramm. 18, § 1, n. 13, *de ordine iudic.*).

A Genova le leggi parlano di richiesta *executioni mandari* per gli strumenti notarili e le *apodixae banchi de tapeto*. A Roma, rogatosi l'atto dal notaio, le parti si recavano a un uditore di Rota, al quale il debitore confessava il debito, accettando di incorrere in scomunica in caso di inadempimento. Nel 1570 fu soppressa la comparizione, ma sempre la procedura di esecuzione era ordinata dal giudice (2). Nè diversa era la pratica siciliana, di Fiume (II, 28) e di Corsica (3).

A proposito dei titoli esecutivi si è ricordato di preferenza quanto ha attinenza col procedimento di esecuzione, e tante notizie offrono i trattati *de credito* di Gaito, di De Luca, ecc. Limitandomi all'esame delle leggi, va notato che tanto gli strumenti antichi (non anteriori a 40 anni) o tenuti celati, quanto le obbligazioni *penes acta* godevano solo per 5 o 10 anni di esecuzione

(1) Il sistema delle sportule (di cui vedi sopra a pag. 172) era trovato assai giusto anche dal BARBACOVI, *Progetto*, II, pag. 167, che propose tante correzioni lodevoli al processo del suo tempo: « queste sportule sono destinate a formare una parte del salario del giudice senza le quali non potrebbe convenientemente vivere, o non sarebbe almeno convenientemente stipendiato ». Esse dovevano essere pagate da quei litiganti « i quali colle loro liti l'obbligano a sostenere gravi studi e molestie per deciderle »; biasimava quindi imporle ai debitori espropriati che non hanno alcuna lite e non dànno al giudice alcun incomodo.

(2) Stat. di Roma, ed. RE, I, 40; 1523, I, 75; 1580, I, 82, 89. Così a Perugia, vol. II, rub. 29.

(3) CUMIA, *ad Ritum*, 29. Per Corsica, v. Statuti, c. 14 e 15, pag. 25. Sugli istrum. guarentigiati v. SUZARA, DE BARZIS, MASSA nel vol. IV, p. II dei *Tract. un. iuris*, oltre ZACCHIA, 1647; GALLESIUS, 1625.

Digitized by Google

parata, cosicchè gli strumenti notarili perdevano efficacia dopo un breve numero di anni (1).

§ 5. *La esecuzione di autorità.*

26. Le parole usate per il procedimento esecutivo sono molte: *arrestare, pignorare, capere, interdicere, inhibere, imbrigare, sequestrare, saxire, occupare, praecipere. Arrestare* fu portato in Italia dagli Angioini (2), e poi comparve nelle Decretali di Bonifacio VIII (3). Di origine francese è pure la parola *saisire* (4), accolta in Italia nelle forme di *staggire* (5), *staziare* (Pisa, 125). *Imbrigare* è vocabolo delle lingue romanze (6). Queste espressioni hanno tutte un riferimento all'azione diretta della pubblica autorità che si rivolge contro la persona o i beni del debitore *in solutione cessante debiti* — e la parola *cessare* venne dal diritto romano e dal canonico (7), azione che si esplicava nella *excussio personalis* o *realis*, e sotto questo nome vanno le rubriche degli statuti o le più antiche trattazioni speciali di Odofredo, Iacobo di Belvisio, Bartolo, Iacobo di Arena (8).

La volontà del governo comunale di riservare a sè l'esecuzione delle sentenze risulta dai più antichi statuti. Nei giuramenti

---

(1) Stat. di Brescia, III, 175 e 176, *de silentio imponendo producenti instrumentum* dopo 10 anni: ma il decennio non impediva di provare il credito per altro mezzo: Stat. di Vicenza, 1264, ed. LAMPERTICO, pag. 83: strumento non vale dopo 40 anni, e dopo 10 se non prodotto, pag. 87. Secondo il Rito napol., 128, 166, le obbligazioni *penes acta* non valevano dopo 10 anni. Così anche per le Consuet. di Cotrone, ed. ZENO, c. 8, 1908. Secondo le Costit. piemont., 1770, lib. V, tit. 29, c. 6, art. 1 e 3, i contratti ricevuti da notaio godevano di esecuzione parata pel corso di 4 anni.

(2) Cap. Caroli, I, 1282, rubr.: *quod non arrestetur vinum.*

(3) c. 3, in VI, III, 23: *arrestare, saisiri aut occupari.*

(4) ANDR. DE ISERNIA, ad Const. r. Sic., II, 19 (Lugd., 1560, pag. 221): *dissasire est verbum vulgare*; *sesina a sedeo vel sto*, ecc.; DIEZ, *Etym. Worterb.*, I, 361.

(5) Stat. di Sassari, ed. TOLA, pag. 119, 191, 201; Roma, 1567, f. 61; Pistoia, II, 34; P. DE FERRARIIS, *Practica*, v. forma sequestri seu saximenti.

(6) DIEZ, I, 86; Stat. di Pisa, rubr. 125, ed. BONAINI, I, pag. 232. E in carte del 1277 e 1278 si hanno le parole *disbrigare, disbrigator.*

(7) l. 1 Cod. VIII, 33: *nomina debitorum quos in solutione cessare dicis*; c. 5, X, III, 22: *in debiti solutione cessavit.*

(8) In *Tract. univ. iuris*, tomo III, parte 2ª.

Digitized by Google

che pronunciavano i consoli nell'assumere l'ufficio è fatto obbligo di assistere i vincitori dei giudizi colla forza. Nelle redazioni posteriori tutto è predisposto per questo scopo. Però quanta strada si era dovuto percorrere! Anche al sec. XIV si era lontano dal dover far senza del concorso dei privati. Si pensi se nei secoli precedenti sempre potevano i Consoli eseguire le sentenze come ordinava lo Stat. di Casale del sec. XII (pag. 944), se sempre riescivano *debitores compellere ad iustitiam* (Vicenza, 1264, II, pag. 132) e punire quelli che loro resistevano nelle esecuzioni. Anche al sec. XIV questa figura di reato è particolarmente considerata (Montaboddo, 1366, III, 22). Al sec. XIV non è escluso il concorso dei privati; l'attesta Bartolo: *executio sententiae potest fieri etiam sine executore, quia potest propria auctoritate victor ingredi possessionem et sic ipsemet esse potest executor et nuncius in causa propria*: e il soccorso dei pubblici agenti seguiva solo per la resistenza della controparte che si rifiutava obbedire al precetto e non assentiva all'effettuazione del *pactum de intromittendo* (1). Malgrado siffatte tolleranze dovute all'insufficienza di quegli organi che coadiuvano anzi impongono gli ordini delle magistrature negli Stati moderni, l'intendimento della legislazione italiana fino dal sec. XIII fu di reazione alle forme di esecuzione privata e di esclusione del concorso privato. L'esecuzione diviene atto di autorità e deve essere disposta dal console, dal podestà, dal giudice ordinario o di appello o da magistrature speciali: a tutti i mezzi si ricorre contro la resistenza: l'impiego della forza non ha limiti; la distruzione dei beni, il bando, il carcere vengono usati perchè il debitore non sfugga alla condanna.

Sono questi mezzi di coazione che attraggono anzitutto l'attenzione dello storico: essi corrispondono a quello stato di violenza che domina nella vita sociale, politica e privata del medio evo; e come gli odi di parte si sfogavano distruggendo le case degli avversari, così la pressione del giudice sul debitore si manifestava con atti di non diversa maniera, palese rivelazione di impotenza e di inciviltà. Ancora nel 1228 Verona obbligava il potestà a giurare *debitorem qui non solverit vel solvere non potuerit extraham de treva vel bona eius destruam vel vendam ad voluntatem creditorum priorum tempore vel maioris partis ipsorum pro rata debiti vel pro numero personarum*. Così era anche a Parma nel 1255 e a

(1) Ad l. 1, Cod., ut nemini liceat, II, 17, vol. VII, pag. 72.

Digitized by Google

Roma: così si conveniva nei trattati fra città e città (1). Altre antiche leggi col decreto del giudice permettevano al creditore *propria auctoritate exigere, compellere ad solvendum etiam per amotionem hostiorum fenestrarum domorum in quibus debitores habitant... et dicta hostia et fenestras secum portare faciendo et detinendo usque ad congruam satisfactionem*; o ancora: *potest domum eius clavari et post decem dies compellere ad vendendum bona*: ben inteso che non si potesse *bannum in rebus apponi vel ostia domorum claudi nisi prius citati vel moniti vel pro re iudicata vel contumacia*. Al tempo di Baldo questi atti di violenza erano praticati, ed egli disputa *an propter debitum publicum esset domus diruenda aut vendenda* (2). Baldo allude a credito del fisco e a devastazioni ordinate dall'autorità: però non era molto lontano il tempo in cui i privati si abbandonavano a simili rappresaglie contro i debitori. Le rovine accumulate nelle strade colla distruzione delle case e meno un sentimento di umanità indussero le leggi a sopprimere tali barbarie, alle quali si deve riferire quell'antica legge veneta punitiva di chi *assaltum in alterius domum fecerit, ita quod ostium vel parietem domus fregerit*: e la pena consisteva in *duas domos emendare*, una al padrone, l'altra alla Curia (3): e così anche sulla prepotenza di portar via le porte delle case intervennero parimenti le leggi a vietarla (4). Restò il bando, come la scomunica nel foro ecclesiastico (5).

27. Il bando contro l'insolvente condannato non era mai venuto meno, eredità dell'alto medio evo, che pronunciava il *bannum* contro chi non obbediva agli ordini del giudice. Era in dipendenza dal bando l'autorizzazione data al creditore di impadronirsi *per fortiam* dei beni del debitore (6); erano congiunti al bando pro-

---

(1) Stat. di Verona, 1228, c. 29; Parma, 1255, pag. 235, 236, 241. Vedi trattato del 1166 tra Bologna e Modena, in MURATORI, *Antiq.*, IV, 339; tra Verona e Modena, 1219, id., IV, 754; WACH, op. cit., pag. 36; PERTILE, § 242, n. 90; BAUMGART, o. c. a pag. 642.

(2) Ad l. 3, Cod. II, 12, ex quibus causis infamia, n. 30; l. 3, § 4, Cod. XI, 35, quod quisque; l. 41, § 5, Dig. XXXI, de legatis, vol. V, pag. 135, III, pag. 132.

(3) Stat. di Perugia, 1342, ed. AZZI, III, 71; Montalboddo, 1366, III, 29, *de fractione domorum*, ed. MARCHETTI, 1915.

(4) Volumen stat. venet., V, 12; BESTA e PREDELLI, *Stat. civili di Venezia anteriori al* 1242, c. 27.

(5) La distruzione della casa resta poi pena agli sprezzatori del bando: Stat. Canavisii, Pont, III, 36.

(6) Stat. di Como, 1184, 44-48; Valsassina, 1343, c. 17.

Digitized by Google

nunciato gli atti di esecuzione privata ancora tollerati nell'epoca comunale. Il giudice che trovavasi di fronte a chi non eseguiva la sentenza, oltre il diritto dell'attore da realizzare, doveva *condempnare debitorem de laudo rupto et de laudo scavezato* (1): e si faceva a ciò seguire la distruzione della casa, come s'è visto; misura a cui si sostituì il bando generale e speciale, a richiesta del creditore, che poteva chiedere l'arresto, la *datio in solutum* o la vendita dei beni (2). Chi era per debito iscritto nel libro dei banditi, vi restava finchè non faceva accordo col creditore, che non trovando beni, ne chiedeva l'esilio: è detto espressamente in convenzioni stipulate fra città nel sec. XIII: contro il debitore che non ha pagato coi mobili, gli stabili e i crediti; contro lui il giudice *teneatur in banno ponere et de civitate et districtu expellere* (3): e il giudice che aveva già emessa la *parabola depredandi* pel sequestro, e la *p. capiendi* per l'arresto personale, e aveva trovato la resistenza, doveva decretare il *bannum* con una nuova *parabola per fortiam*, che implicava le pene inerenti al bando, il sequestro dei beni, la cattura del debitore (Como, cit.). Questo è il banno sempre rigoroso, per cui si incorre nell'esilio o nella relegazione alla casa propria o nel palazzo del Comune, da non partirsene senza licenza del creditore: così a Siena nel 300 ove si parla di banditi per debiti che il podestà deve *facere capi et si haberi non poterit*, dovrà porre in bando *usque ad satisfactionem* (4): e così a Perugia (5): resa vana l'esecuzione personale e reale, si applichi il bando, che però non era quello contro i delinquenti, e invece era quello minacciato ai contumaci in causa civile, ma sempre altrettanto forte, perchè le leggi del secolo XIII volevano che nessuna università potesse accogliere tal bandito (6), e

(1) Stat. di Parma, 1347, II, pag. 141.

(2) Stat. di Bologna, ed. FRATI, 1250, IV, 4; Vicenza, 1264, II, pag. 102, ed. LAMPERTICO.

(3) Convenzione fra Ravenna e Ferrara, an. 1221 in MURATORI, IV, 436: PERTILE VI § 242, n. 45 e 90.

(4) Costit. di Siena, 1309, II, 58. Il bandito, ordinano gli antichi Statuti di Como (*Mon. h. p.*, pag. 80): *de ipso banno non possit exire nisi prius exsolverit totum debitum vel consignaverit sua bona vel tantas res liquidas*: e ancora nel 1278 (c. 210): *positus in banno sub pacto capiendi et denunciatum fuerit et steterit per 3 menses quod non solvat, potest capi et personaliter detineri et in carcere recludi*. E ancora il bando o la cessione (c. 245).

(5) Stat. di Perugia, 1342, ed. AZZI, II, 15.

(6) Stat. di Pisa, 1286, I, 117; Costit. di Siena, 1262, c. 73: *et si civis...*,

Digitized by Google

anche al sec. XVI egli stava scritto *in libro forbannitorum Com.* non altrimenti degli altri banditi (1). Ma, ripetiamo, sempre diverso dal bando dichiarato per maleficio, e lo si distinse chiaramente punendo chi offendeva nella persona bandito per debito, perchè l'offesa poteva farsi solo *in rebus* (2); onde *potestas puniat eos offendentes in persona et iudex possit pro eo ferre sententiam* (3). In quanto al nome generalmente era scritto in uno speciale *liber bannitorum*, cioè in quello *pro debito* o *liber inferni* diverso da quello *pro maleficio* (4). Il bandito o *diffidatus pro debito* non poteva coprire cariche pubbliche, essere notaio (5), tutore, curatore, ecc.: però non perdeva la capacità di deporre in giudizio quale teste (6).

Tale bando mitigato predomina in Toscana, Emilia, Lombardia: ne parlano lo Stat. di Parma (1347, II, 152) che condanna a pagare il debito colui che strappa dalle mani degli ufficiali il bandito per debiti: quello di Vicenza (1264, II, pag. 102) che nella contumacia del debitore autorizza la *possessio de bonis* oppure il bando *vel bona eius ad vendendum ponantur sicut creditor melius placuerit*: quello di Padova (498) che solo richiede che il debitore sia *admonitus personaliter ad domum spacio* 3 *dierum*.

A Verona il podestà era obbligato *bannitos capere ad voluntatem creditoris et eos tenere in vinculis* e doveva tenere *unam praexoneram in qua custodiantur illi qui capientur pro debitis et alii homines boni qui non sunt ponendi cum latronibus* (7). Questi *boni hom.* sono anche i *fugitivi*, che si liberano dal carcere colla *cessio bon.* (8), la quale non li reintegrava nei diritti civili, e restavano loro chiuse le porte della città, borgo e suburbio (9). Invece a Rovereto (c. 22) era vietato banno e carcere per cause pecuniarie.

---

aufugerit cum havere civis... exbanniam ad voluntatem creditoris... et tamdiu exbannitus existat quamdiu se aptaverit cum creditore; Stat. di Ravenna, sec. XIII, r. 25: *et si non venerit, ponatur in banno*, e vi resterà fino al pagamento con una multa per ogni giorno di ritardo.

(1) Stat. di Belluno, 1525, II, 165.

(2) Breve Com. Pistorii, 1286, ed. ZDEK., I, 5, 42; II, 60.

(3) Stat. di Padova, 1236, 486; Vicenza, pag. 102; Arezzo, 1580, III, 22.

(4) Stat. di Padova, 1236, 486.

(5) Stat. di Modena, 1327, I, 130, 131.

(6) Stat. di Como, 1205, r. 115 (*Mon. h. p. Leges*, II, 120); Roma, ed. RE, 14; Padova, 1261, r. 538. Sull'essere teste, v. Brescia, 1252, III, 54.

(7) Stat. di Verona, rub. 53; Vicenza, II, 9; Padova, 1276, r. 539.

(8) Stat. di Treviso, II, r. 69; Belluno, II, 110.

(9) Stat. di Padova, r. 552; Belluno e Treviso cit.

Digitized by Google

Lo stesso banno era ordinato in Toscana (1), nella Marca anconitana, pel debitore contumace: *de quo exire non possit nisi suo creditori et camere satisfecerit. Et talis bannitus possit capi et detineri usque ad satisfactionem condignam.* E ancora in caso di esecuzione di strumento, *liceat creditori uti via personalis capture et detentionis in via tenute et pignorationis utraque simul vel altera tantum ut maluerit et incepta una via possit redire ad aliam usque quo sibi fuerit integre satisfactum.* Di tale procedura non si potevano valere gli ebrei e gli usurai e bastavano quattro testi a provare la loro fama: e tutto ciò svolgere si doveva senza solennità (*Constit. egid.*, 1357, V, r. 3, pag. 197). Notiamo però che per altre leggi valeva la massima che *electa una via* non si poteva seguirne un'altra.

Il banno invece non trovasi a Roma nè in Romagna: qui, scorso il termine del precetto, si procedeva agli atti esecutivi sui beni e, questi non bastando, alla cattura *nisi reus bonis cesserit* (2): e accordavasi al debitore il *beneficium quinquennale*, cioè l'impegno di pagare entro cinque anni: se il creditore non l'accordava, colla *cessio bon.* si liberava anche dal carcere: se scorsi i cinque anni, non aveva estinto il debito, incorreva nell'esecuzione reale e personale (3). Aggiungiamo che a Gaeta per lo statuto del 1750 (II, 24) tale cessione quinquennale o dilatoria non era ammessa.

Non una volta sola ma almeno due era intimato il bando (*ponetur in banno primo et secundo*: Modena, 1327, III, 26; Frignano, III, 31): *deinde mictantur duo nuntii qui inquirant a vicinis ubi solitus est habitare... si sciunt de bonis que non detineantur per extraneos possessores: tunc dent tenutam creditori.* Pei beni posseduti da estranei, se questi intendono *ypothecariam movere et contradicere vel confitentur bona debere executi tunc incontinenter pronuntientur bona excussa et locum fore ypotecarie actioni contra extraneos.* Qui prevalgono le disposizioni romane.

28. Intanto a Milano (cons. 4) tale procedimento era parso eccessivo, forse per la maggiore attività economica che, come nei

(1) Così a Siena, II, 49, 54; a Lucca, III, 80; il banno era applicato nello stesso significato: *de civitate Sen. exbanniam*; e l'*exbannitus pro debito tenear facere capi.*

(2) Stat. di Roma, ed. Re, I, 61; Ravenna, 1449, II, 6; Sinigaglia, II, 75; Cesena, II, 67; Baumgart, p. 95.

(3) Stat. di Ravenna, II, 56; Cesena, id.; Ferrara, 1567, II, 134; Gubbio, II, 73.

Digitized by Google

tempi imperiali così nel medio evo, distingueva quella città. Bastava colpire gli insolventi con una nota di poca riputazione: ed ecco il *blasmo*, il biasimo sostituito al bando, nel quale poi si trasformava se il debitore non obbediva agli ordini del giudice (1). Il *blasmato* era privato del diritto di ricevere giustizia, di esser teste, di coprire cariche pubbliche e decadeva da quelle che aveva. Vero è anche che il bandito era in tali condizioni, ma di più non vedeva punite le ingiurie e i danni che avesse a subire. Dal *blasmo* si era liberati soddisfacendo a quanto importava la condanna più la multa *pro lectura* che veniva cancellata, oppure dando pegni. Il debitore insolvente *in blasmo ponitur et proxima dominica legitur*. Non avendo beni, sottostarà alla procedura del fallimento, cioè *super lapidem erectum ad auxilium cessionis bonorum pervenerit et cartam finis suorum bonorum fecerit ante tabelliones... At si condemnatus bonis non cesserit et in blasmo praeterierit, de eo eximi non potest etiam si solverit blasmum*, se prima non salderà il suo debito: e dopo che è stato 30 giorni *in blasmo*, a richiesta del creditore sarà posto *in banno*, e pagherà una multa al Comune. E se malgrado queste pene non pagherà, si procederà a sequestro delle somme che potrà avere, e dei beni mobili, ma *absque scandalo*, si darà al creditore il possesso dei beni immobili e poi, giusta stima, la proprietà *in solutum*, con preemzione al debitore stesso e al di lui parente *iure successionis pro aequali pretio*. Se il debitore aveva confessato il suo debito era soltanto posto *in blasmo*: ma se la condanna era motivata altrimenti, incorreva nel banno.

Come si è detto, la prima conseguenza del biasimo era l'esclusione dal diritto di far valere le proprie ragioni in giustizia: *non ad iustitiam admittuntur*; poi il pignoramento delle cose mobili assegnate al creditore, vendute o date *in solutum*, e in mancanza di mobili l'immissione in possesso degli immobili. Quindi contro il blasmato seguiva la *executio realis*: e qualora con questa il debito non fosse estinto, resta oscuro se a Milano, Como, Brescia, ecc. si facesse luogo alla personale, la quale invece in altre leggi

(1) Così lo Stat. di Como, c. 248; *in casibus in quibus solebant dari blaxima, dentur banna*; Stat. di Treviso, II, 55: *si non solverit clametur in banno speciali in quo relinquatur arbitrio creditoris. Si in dicto banno permanserit per unum mensem, tunc creditor possit facere clamare debitorem in banno generali.*

Digitized by Google

del sec. XIV è espressamente ordinata: anche contro eredi che in carcere stavano *ubi et sicut creditor voluerit* (1).

Il corso di sviluppo del procedimento esecutivo prima del sec. XVI si prospetta in questo modo: lo Stato interviene coi mezzi di coercizione che possiede, e sta in prima linea il bando, che poi si attenua: ma anche il bando è preceduto da precetto. Poi le stesse misure penali assumono altro carattere, e solo dopo che l'autorità non ha trovato beni per soddisfare il creditore, si ordinerà l'arresto. Dopo il sec. XVI il procedimento resta prevalentemente reale, sulla base della *intromissio bonorum*: la *detentio* è rimedio succedaneo, gravoso pel debitore ma anche pel creditore che deve mantenere quello in carcere (2): e per di più nessuno può subire carcere *in electione actoris*, quando ha tale sostanza da soddisfare il debito. Così ritornavasi alla logica, o per essere coerenti al linguaggio del tempo si dirà che era un ritorno al diritto romano: prima esecuzione reale poi personale.

29. Finora si sono esposti i mezzi di esecuzione delle città dell'alta e centrale Italia nei primi tempi del Comune e si è visto come rivestissero i caratteri di ciò che è proprio del processo penale, e come un affare privato assumesse l'importanza di reato contro la pubblica autorità: davanti al debitore ribelle o fuggiasco la giustizia del Comune si armava anche di più per non apparire impotente. Ma accanto alle forme violente si aveva anche un procedimento ordinato, metodico, che riesciva egualmente all'esecuzione della sentenza e alla possibile soddisfazione del debitore, svolgentesi nel campo del diritto civile, con garanzie per tutte le parti e nell'interesse della pubblica economia: procedimento che più si perfezionò sotto l'influenza romana e più ancora coll'esperienza dei secoli.

Ecco come si svolgevano le diverse fasi della esecuzione.

Nella *Practica Baldi* sono riassunte le principali regole intorno all'esecuzione: è di spettanza del giudice, senza che si proponga nuova azione e si faccia contestazione di lite *quia non debent lites ex litibus oriri*: nulla vi è più da ventilare, solo si deve eseguire: il giudice deve vedere *an sit iudicatum*, e allora procede *in bonis et contra personam*. Nelle cause criminali *statim mandatur execu-*

(1) Stat. di Alessandria, 1297, pag. 111; Stat. di Rimini, 1334, III, r. 170, ed. SALVIOLI.

(2) Stat. di Novara, pag. 78; Biella, 1245, art. 24, 28; ed. SELLA.

Digitized by Google

tioni e così nella *sententia realis si condemnatus sententiam approbat.* Nelle azioni personali sono accordati quattro mesi. Si procede sui beni che trovansi nella casa, presumendone l'appartenenza al debitore (foglio 52). Nè diversamente Pillio (III, § 18) e Tancredo (IV, 5, § 2): l'esecuzione è fatta dal giudice ordinario, dai suoi delegati o dagli arbitri: nelle azioni reali *mittendus est actor in possessionem rei sibi adiudicatae*: nelle personali prima si procede sui mobili, dippoi sugli immobili, infine sui crediti. Se vi è contestazione di proprietà, *iudex debet summatim de proprietate cognoscere.*

La *Practica papiensis* di Ferrariis, ma siamo al 1400, così comincia la *form. executionis*: Bada che dopo ottenuta la sentenza viene ancora il difficile: tu credi finito tutto, e invece ti si opporranno tanti cavilli. Se la sentenza di appello è definitiva, ordinerà l'esecuzione il giudice di appello. E continua insegnando come si proceda *per viam praecepti*, ma con citazione, perchè dopo la sentenza possono sopravvenire al condannato molte eccezioni (come il *pactum de non petendo*, di transazione, pagamento) o la litis pendenza o le nullità: e di queste il giudice dell'esecuzione decide. Come si vede, i proceduristi antichi sorvolano sulla parte formale della esecuzione, che è affidata alle leggi, e qui Baldo nota appunto la varietà di queste in deroga al diritto comune: *statuta et consuetudines circa pignora vendenda et adiudicanda servari debent et iuri comuni derogare possunt.*

Intanto qui bisogna distinguere se all'inizio della lite il giudice aveva imposto che l'attore e convenuto dessero cauzioni o pegni (1), oppure nulla avesse imposto. Il sistema delle cauzioni era già proprio del diritto romano; poi era divenuto consuetudine italiana il dare pegni; così scrive Bassiano: *ex consuetudine hominum modernorum non praestantur satisdationes. Sed quia irrepsit utilitas pignorum* (*est enim utilius pignori incumbere, quamvis persona agere et plus est cautionis in re quam in persona*) *ideo nova hominum consuetudo ferrea et tenacissima nova aetas accipit pignora ab utroque i. e. reo et actore* (2). Era questo il primo mezzo

(1) Stat. Ascoli Piceno, 1377, ed. 1910, II, 3; Ravenna, ed. 1886, pag. 103; Valsassina, 1343, c. 17.

(2) BASSIANUS, *Summa Quicumque vult*, in SAVIGNY, III, pag. 440: PILLIUS, I, 1; TANCREDUS, II, 15, § 1; DURANTIS, II, 1, de satisdat., § 2; BARTOLUS, ad l. 1, Cod. de satisdando, II, 57.

Digitized by Google

di coazione, trasferire al vincitore il pegno del soccombente: al quale seguivano altri perentori per realizzare la sentenza, e ciò dopo che era scorso il termine per una volontaria sottomissione. Intanto il pegno costituì il primo e principale oggetto della esecuzione; e per questo motivo gli statuti più antichi aggregarono le norme da osservarsi nel processo esecutivo alle rubriche sul pegno convenzionale di cui il giudiziale è una modalità, o a quelle in cui si assegnavano le funzioni ai messi comunali adibiti alle vendite dei pegni.

Nel formulario di Martino di Fano della 2ª metà del sec. XIII è descritto ciò che deve fare chi ha sentenza di vittoria: si presenti allo stesso giudice: *peto sententiam ipsam per vos executivam debite mandari*: così Durante (IV, 2, *de sent. et re iudic.*), o al podestà perchè *sententiam latam a iudice executioni mandari faciat.* E l'ordine è così emesso: *visa sententia et assertionibus partium intellectis cum cognoscamus dictam sententiam executioni mandandam, praecipimus dicto T. ut satisfaciat... hinc ad decem dies. Alioquin quod iuris ordo postulat, decernetur* (1). Martino aggiunge di suo che vi sono alcuni che contestano l'appello da questo precetto: *sed verius est quod appellari potest.* Però prima di rivolgersi all'autorità, doveva trascorrere un certo tempo dal giorno della pronuncia della sentenza, vario secondo il valore della causa e la residenza del soccombente, e dove abbastanza lungo, perfino di quattro mesi; e secondo altre invece era brevissimo, di pochi giorni (2). Quindi o si chiedeva l'esecuzione in virtù di sentenza, e dovevasi presentarla all'autorità, o per istrumento guarentigiato, lodo, precetto fatto dal giudice (Pistoia, II, 6), e ancora presentarli all'autorità, oltre farne notificazione alla parte: e la notizia poteva essere simultanea al precetto. E a Pola, per es., non bastava aver sentenza o titolo esecutivo, che richiedevasi speciale giuramento del creditore sulla verità del credito (3): *rector teneatur deferre ante omnia sacramentum cre-*

(1) C. 33 in *Quellen z. Gesch. d. roem. kanon. Processes im MA.*, 1907, I, H. 8, pag. 13.

(2) Così anche il Constituto dei Consoli del placito di Siena, ed. ZDEK., 1890, c. 10; Statuta varia civ. Placentiae, 1860, II, 28, 29; così anche a Fiume: Statuti del 1530, ed. GIGANTE, 1910, pag. 111; Costit. egidiane, ed. SELLA, 1912, VI, 19, pag. 224.

(3) Stat. del Comune di Pola, an. 1367 al 1431, ed. BENUSSI, 1911, lib. II, 14. Il debitore che negava era punito con multa, II, 3.

Digitized by Google

ditori quod iste iuste debet habere illud quod petit, quod debitum est verum non fictum, ecc. (1). E allora soltanto emetteva precetto od ordine di sequestro, che aveva valore per un anno (Piacenza, 1391, II, pag. 277; Novara, 72; Como, 205; così per la *parabola depredandi et capiendi*): e nel precetto *debet causa inseriri* (Parma, 1347, II, pag. 142).

Nè questo bastava, alcune leggi volendo ancora che al precetto *de iuri parendo* fosse unita citazione (2), la quale Bartolo trovava superflua e la *Practica Baldi* pericolosa, come inizio di nuova lite (3); e così anche Maranta (VI, act. 2): ma le osservazioni non valsero; e ancora al sec. XVII in Piemonte si notava che quasi si riproduceva il giudizio chiuso; e poi altre citazioni richiedevansi al momento delle aggiudicazioni (4). Nè il dilatarsi della lite era impedito dagli ordini scritti nelle leggi di finire in breve termine, o dalle multe minacciate ai litiganti temerari (5).

30. Merita di essere riferita la legge veneta del doge Ziani del 1226, regolatrice dell'esecuzione, per le sue particolarità che la distinguono dalle altre. Si comincia coll'assegnare un termine di 8 giorni a presentarsi in Corte. Se non viene « fazalo brancare et tegnir in corte se ello non paga o non darà pegno o piegieria sufficiente in arbitrio de 4 zudesi. Et intendemo che star in corte sia in questo modo, cioè che ello staga in lo territorio di San Marcho trenta giorni, non passando alcun ponte, il Dose il de far branchar et ficarlo in pregione, in la qual ello starà trenta giorni. Et se ello non se partirà di corte ma starà per ditto modo in corte et in lo territorio di San Marco, sel non pagarà il suo debito infra li trenta giorni, ello star die in pregione altri trenta giorni, li quali compiudi, sel non pagherà il debito, ello giurerà de manifestar cio che lha, et il Dose torrà ciò che lha e darallo al suo creditore, ma per quello che mancharà a pagar il debito al creditore; il debitor farà al suo creditor carta di promissione e giurerà che

(1) Stat. di Dervio e Corenno, 1389, c. 90, ed. ANDERLONI, nel *Corpus statut.* di SELLA, 1913.

(2) Stat. di Cesena, I, 9; Lucca, I, 45; Ferrara, II, 13; Gubbio, II, 14.

(3) In l. 21 Dig., XXVI, 8; l. 15, a divo Pio, § 2; Dig. XLII, 1; BARTOLUS et IOAN. FAXIOLUS, *De summaria cognitione*, pag. 12.

(4) Stat. di Lucca, 1539, I, 113; Liber potheris Brixiae, 237, 242.

(5) Stat. di Bologna, 1515, f. 40; Rovereto, 1425, c. 43; Modena, 1327, III, 11; Cons. di Milano, c. 3; Const. patriae Foroiuli, 75.

Digitized by Google

de tutto quello che guadagnerà, il darà la terza parte al suo creditor, infin che il debito sia tutto pagato. Altramenti ello starà in pregion infin chel paga o chel faza cio che è ditto. Et stagando in pregion sel se saperà onde chel sia de li soi beni, lo dose comanderà che li sieno intromessi et dati al creditor ». In quanto alle donne erano condannate a non uscire dal territorio di S. Zaccaria o di S. Lorenzo, di non passar alcun ponte e invece della prigione eran messe nelle celle dei monasteri (1). Questa legge fu in parte confermata dal Doge Dandolo: « star in corte sia remaner serado ne le pregion... uscir non possa fina doi mesi. Et poichè l'hara compiti doi mesi, star debba ne lisola de S. M. per altri doi mesi. Et se landra fora passando alcun ponte... debba lo Dose far quello pigliar et mettere in preson nella qual star debbia mesi doi... se alcun si obbligarà per carta stare in preson, che i zudesi siano obligadi sentenziare et zudegare esso stare in preson secondo il testo della carta per il capitale solamente. In modo che li heredi di quello per quella carta non possin esser zudegati a star in preson » (id., lib. VI, 54, pag. 93). Nei paesi sotto l'influenza veneta non pei debiti ma per le pene non pagate si infliggeva l'esilio, che finiva solo col pagamento integrale della pena (2). L'atto del giudice *che torrà cio che lha e darallo al suo creditore* fu poi detto *intromissione* che eseguivasi quando la sentenza era segnata al Magistrato del Sopra Gastaldo, che ordinava la cattura del debitore o levava o ne *intenutava* i beni che poi mettevansi all'incanto (Stat. ven., III, 16).

Tali disposizioni dell'antico diritto veneto non furono di molto modificate attraverso i secoli e governavano la procedura di esecuzione ancora al sec. XVIII (3).

31. L'esecuzione non era generale su tutti i beni, ma speciale. Nello stesso modo che il debitore poteva soddisfare o colla *datio in solutum* o rilasciando il pegno, così il giudice prendeva pegni che colla stessa *datio* cedeva al creditore con un primo e secondo decreto. Così nel sec. XIII: *bona ipsius dabo in solutum credito-*

---

(1) Statuta Venet., 1606, I, 51, pag. 24. Il testo latino è nello stesso vol. e meglio in BESTA e PREDELLI, *Gli statuti civili di Venezia anteriori al* 1242, Ven., 1901, pag. 141.

(2) Stat. di Gemona, 1381, c. 42.

(3) Vedi le trattazioni in PRIORI, *Pratica civile*, 1678, e in FERRO, *Dizion. del dir. com. e veneto*, voce Intromissione, vol. VI, pag. 288.

Digitized by Google

ribus volentibus ea accipere (Verona, 1228, c. 32). O il debitore offre beni o il giudice ne prende quanto bastano al pagamento: questa è la *laudatio seu datio in solutum* (1): *rector teneatur comprobare et laudare et dare in solutum per definitivam sententiam bona extimata* (2): e anche nel caso che la *datio* venga spontaneamente dal debitore, il creditore *qui intravit in possessionem corporalem* deve prima dimostrare di aver citato, di aver ottenuto il precetto e allora otterrà la *comprobatio* e *laudatio* del giudice (3). Ma il creditore può anche rifiutarsi all'offerta: (*habeat libertatem et arbitrium accipiendi in solutum*), e per es. possa pretendere *prius vinum quam vegetes et carreras*, e poi abbia termine di un anno e un giorno per prendersi i *bona laudata* giusta la stima fatta (4).

Ristretta l'esecuzione ad alcuni beni, il giudice può impedire che il danno recato al debitore vada oltre al suo dare e si accresca per rappresaglia della parte procedente. Quindi nemmeno si compie in un unico momento la *datio in solutum per iudicem*, ma prima è data una *possessio decretalis* o *thedialis*, alla quale seguirà la *confirmatio et laudatio* sempre da parte del giudice (5). È facile riconoscere in tutto ciò analogie con norme romane: anche il diritto canonico consigliava misure di conciliazione. L'economia del tempo segna povertà: il giudice deve regolarsi *secundum bonum arbitrium*, tanto da lasciare al debitore che indichi i beni da dare *in solutum* o da vendersi all'asta; e questi limitati allo stretto necessario (Milano, 1541): anzi *creditor eligat unum suum amicum et debitor eligat alium qui debeant iurare extimare bona fide bona et debeant esse in concordia usque ad* 10 *dies. Et si concordare nequiverint, tunc tercius homo addatur per potestatem* (Padova, 1261, c. 495). La *datio in solutum per iudicem* è la forma di esecuzione delle economie semplici, sul tipo familiare; il giudice vedrà

(1) Stat. di Dervio e Corenno, 1389, ed. ANDERLONI, 1913, c. 90; Valsassina, 1388, id., c. 207.

(2) Stat. di Valsassina, 1343, c. 28.

(3) Stat. del Lago Maggiore e di Val d'Ossola, sec. XIV, ed. ANGELONI e SELLA, 1914, c. 176.

(4) Stat. del Vergante, 99; Laghi di Como e Lugano, 109; Valsassina, 206, 207; Dervio, 94; Frignano, IV, 59.

(5) Stat. di Valsassina, 1343, c. 17; 1388, c. 204, 205. Sul possesso tediale, Stat. Canavisii, Azeglio, I, 177; Balangero, 1491, I, 271; Caluso, 1510, II, 3; Como, 194, *de possessionibus datis in tedio*, in *Mon. h. p.*, pag. 77. Stat. di Carpi, 1353, pag. 18: *qui habet res in solutum defendatur in tenutam usque ad cognitam rationem.*

Digitized by Google

di quali mobili il debitore possa essere privato (Brescia, 207), arriverà alla vendita giudiziale di essa solo *si absque scandalo fieri poterit*, come si esprimono, con molto significato, le Cons. milanesi del 1216 (c. 3) e le bresciane (c. 205).

Progressivamente le cose si mutano, e muta anche l'economia privata: la *datio in solutum per iudicem* passa in seconda linea: il giudice non la può dare contro la volontà del creditore; in ogni caso a questo la scelta dei beni; viene esclusa oltre data somma (Dervio e Corenno, 72). L'esecuzione si incammina sopra altra direzione che è resa manifesta dallo Stat. di Vicenza, 1391 (II, 14) che ordina: *debitor teneatur suo sacramento intra quinque dies dare omnia sua bona in scriptis coram iudice*; disposizione che trovasi ancora in statuti rurali (Dervio, 91), nel senso che il creditore può agire su tutta la sostanza mobiliare e immobiliare, dunque esecuzione generale; e tale estensione è apertamente sancita nelle leggi del sec. XVI, come dallo statuto di Milano del 1588 (I, fogl. 36), di Reggio del 1582 (II, 50) che concedono al creditore *saxire omnia bona mobilia et immobilia*; di Lodi (1538, f. 26) che dopo di aver graduato l'esecuzione prima sui mobili, quindi sui crediti, pone tutti gli altri beni a disposizione del creditore. E nello stesso tempo il processo si complica per la considerazione del concorso di più creditori e di essi con altre persone privilegiate e specialmente colla moglie del debitore. Sulla proprietà possono ormai gravare ipoteche, diritti di terzi e poi le ragioni di molti creditori. Si ha anzitutto il diritto di surroga per togliere la concorrenza dei creditori. Gli statuti ispirati a singolarità non conoscono la ripartizione del ricavato e ricorrono all'espediente di surrogare, perchè la protezione accordata a un creditore non si risolva in offesa al diritto degli altri [1]. Quegli che ha ottenuto la *missio in posses.* deve trattenersi *in solutum* quanto è il suo avere: *superfluum debet relinquere aliis creditoribus* (Milano, 1498, c. 16). È qui sottinteso che uno sia l'esecutante; ma il procedimento non opera soltanto a vantaggio di lui, ma anche degli altri aventi diritto, sicchè è affermato il principio della rappresentanza: *facta excus-*

---

[1] Stat. di Guastalla, I, 45: *Si duo creditores agant actione hypothecaria ita quod uterque contendat consequi possessionem rei, tunc si primus creditor velit excludere secundum adeo ut ipse solus admittatur ad dictam rem avocandam possit cum effectu offerre et solvere debitum secundo creditori.* MENESTRINA, *Accessione nell'esecuzione*, Vienna, 1904, pag. 95 e segg.

Digitized by Google

sione bonorum alicuius personae prosit et valeat dicta excussio quibuslibet aliis personis (1): e quindi se l'istante ha portato a compimento gli atti esecutivi, *in adiudicatione teneatur praestare fideiussionem idoneam de restituendo habentibus iura potiora et de contribuendo cum habentibus iura aequalia* (2). Tali principii sono proclamati nella legislazione posteriore che più si avvicina a quanto può essere richiesto dalla ragione. L'autorità ad istanza di un creditore instaura procedimento nell'interesse di tutti i creditori (3). È ammesso il diritto di surroga: si realizza il giudizio di graduazione, si comincia a parlare di creditori con *potiora iura* (4), di pagamento *secundum ordinem*, di divisione *pro rata*, con speciale tutela per le doti (5). Nessun creditore può arrestare o impedire l'esecuzione: tutti i creditori a qualsiasi titolo, dice lo Stat. di Pistoia (II, 7) possono concorrere « anche non fosse colui a petition del quale era stato mandato »: l'ordine deve osservarsi anche se la tenuta per primo decreto è in mano del creditore istante (6). Una legge genovese del 1673 obbliga questi a restituire i beni *habentibus iura potiora* e di contribuire *cum habentibus iura aequalia*. Ma in Italia il rispetto dei diritti dei creditori secondo la data e la causa era antichissimo: i Comuni avevano distinto i creditori precedenti dai recenti, come avevano relegato a un grado posteriore i forestieri dando la priorità ai conterranei. La più antica legislazione veneta consacrava il principio che gli aventi la precedenza nel tempo fossero soddisfatti sugli immobili, e i più recenti sui mobili (7): e antichi statuti lombardi, distinguendo i creditori in due categorie, estranei da un lato e dall'altro *vicini* ed originari del luogo, volevano pagati i vicini cogli immo-

(1) Stat. di Brescia, III, 210.

(2) Stat. di Genova, 1673, pag. 130.

(3) Stat. di Verona, 1747, II, 127; Roma, 1580, I, 128. Vedi B. GALLI, *Sist. d. giurisd. esec.*, in *Arch. giur.*, LXXXIII, pag. 72.

(4) Stat. di Reggio, 1582, II, 47; Roma, I, 128.

(5) Stat. di Piacenza, II, 14; Brescia, III, 16: *ex pretio secundum iuris ordinem uxori et ceteris creditoribus satisfiat*; Verona, 1228, ed. 1728, c. 31: *dividam pro rata*; MENESTRINA, op. cit.

(6) Così si esprimeva la Consuet. di Milano, 3: *consules in possessionem mittunt vel per aestimatores*.

(7) *Veneta iudicia*, 46, in PITZORNO, *Consuet. venez.*, 27. Anche lo Stat. di Vicenza, 1264, ed. LAMPERTICO, pag. 85, distingue i creditori secondo che vanno soddisfatti con denaro o con terreni, e (pag. 107) gli eredi sono tenuti a ratificare l'assegnazione come se fosse vendita.

Digitized by Google

bili che ricevevano *in solutum*, mentre gli estranei ricevevano solo mobili o il denaro ricavato dalla vendita forzata degli immobili (1): anche qui spunta una forma di retratto gentilizio e municipale, questo in nome del protezionismo fondiario che voleva conservare la proprietà immobiliare ai concittadini.

32. In questa fase di esecuzione immobiliare è dato valutare le innovazioni introdotte dalla dottrina e dalla pratica italiana nella ipoteca, in confronto dell'*actio hypothecaria* romana. L'esperienza era venuta a correggere quanto di difettoso vi era nel sistema romano pieno di pericoli, le conseguenze dei quali distruggevano la stessa esistenza giuridica dell'ipoteca, e che apparvero di buon'ora ai nostri giuristi quando essa si realizzava, pel fatto che erano garantiti solo gli interessi del primo che aveva ottenuto l'ipoteca e non dei terzi. Fino dal sec. XIII la legislazione venne in soccorso a questi, e dietro essa, ma con moto più lento seguì la dottrina, staccandosi dall'ossequio all'*actio serviana*, per la quale il creditore poteva ottenere il possesso delle cose sottoposte a pegno per venderle di privata autorità e così pagarsi: e quindi per tale *actio* solo il primo, solo l'esecutante veniva soddisfatto col possesso del fondo non in diversa guisa che se avesse avuto possesso di cosa mobile, escludendo con una subita vendita il concorso degli altri creditori. L'influenza di tali concetti romani era tale che, ancora al sec. XIV, quando già la legislazione era sopra altra direttiva, Bartolo scusava il creditore che di sua privata autorità e col contratto in mano di ipoteca o col *praeceptum solvendi* occupava il fondo e ne scacciava il suo debitore, e Bartolo negava a questo di ricuperare il possesso coll'*interd. unde vi* (ad l. 3, Cod., *de pign. et hypot.*). Si è già visto come al creditore Bartolo riconoscesse la potestà *propria authoritate vigore pacti ingredi possessionem bonorum*, e ancora: *creditor potest incontinenti vim inferre debitori resistenti sibi in acceptatione pignoris propria authoritate quando inter eos est factum pactum de ingrediendo propria authoritate* (2): ora egli attribuiva la stessa efficacia al pegno e all'ipoteca, in guisa che il creditore col patto di pegno poteva entrare *propria authoritate, debitore invito et resistente* e *avocare tenutam rei* che gli era stata ipotecata, sempre

(1) Stat. di Canobbio, sec. XIII, I, 56, 75; LATTES, *Diritto consuet. delle città lomb.*, 118.

(2) Ad l. 3, Cod. de pign., VIII, 14, vol. VIII, pag. 96.

Digitized by Google

di sua autorità [1]. Dottrine queste presto superate, poichè già da Baldo e da Alessandro Tartagna, senza negare il *ius ingrediendi propria auth.*; si volle introdurre un *urbanius agere petendo per iudicem se mitti in possessionem bonorum vel sibi dari licentiam ingrediendi*: nel qual caso occorre citazione senz'altro procedimento (*non iuris ordo*): e se il giudice gli dà agenti o famuli, allora nemmeno occorre la citazione [2].

La *via urbanior* era già imposta da non poche leggi nel secolo XIV, e presto divenne la legale, quando nello stesso tempo e conseguentemente si riformarono i concetti fondamentali del sistema esecutivo in modo provvido ai diritti dei creditori tutti, sia impedendo al creditore di vendere di sua privata autorità, sia mobilitando in favore dei posteriori il valore del fondo in modo da riguardare anche i diritti dei susseguenti, sia chiamandoli tutti col *giudizio delle gride* [3], sia infine spartendo il prezzo in ragione del rispettivo avere [4].

33. L'esecuzione si iniziava sui beni mobili, poi sui crediti, in ultimo sugli immobili: *mobile tolle prius*: *et post rem stabilem, post nomina tolle reorum. Si nihil invenies dicito*: *cede bonis* [5]. Pei mobili vi erano consuetudini da secoli formate per esentare quelli necessari all'economia agraria e familiare, gli strumenti da lavoro, le masserizie e alcune provviste alimentari: consuetudini che la dottrina trovò conformi a quanto era consacrato nella romana l. (*a divo Pio*, § *in venditione*, Dig. *de re iudicata*, XLII, 1). Ogni statuto enumera distintamente le cose non pignorabili, il letto, le coltri, i vestiti, gli utensili domestici [6], gli stru-

---

(1) Ad l. 3 e 4, id., verb. sed pone quod debitor.

(2) BALDUS, ad l. 2, v. decimo quaero, Cod. de servit., III, 34; ALEX. TARTAGNA, *Consil.*, IV, cons. 108.

(3) Così la *Summa Mag. Aegidii* (*Quellen z. roem. kan. Prozess*, I), c. 37, descrive la *datio in sol. a iudice*: *Nos extimatores facta cridatione et praeconisatione in palatio Comunis et in contrata debitoris quod si quis habet per cartam vel praeceptum suum ius in bonis talis vel vult eum defendere, quod veniet... id est sententia et tenente instrumenti debito et habito consilio sapientium... adiudicamus in solutum.*

(4) Il termine a cui arrivarono dottrina e pratica italiana è segnato da MENOCCHIO, *De adipiscenda et recup. possess.* Il divieto di vendere di privata autorità dovè ripetersi dalle Costit. piemont. del 1770, III, tit. 32.

(5) DINUS DE MUGELLO, *Ordo iudic.*, ed. WAHRMUND, *Quellen z. Gesch. d. roem. Prozess im MA.*, II, 1, pag. 8.

(6) Stat. Canavisii, Azeglio, I, 185; Alice, I, 71; Chivasso, 1306, II,

Digitized by Google

menti campestri, gli animali da lavoro, ecc. (1). Sopra quest'argomento la dottrina si deliziò a trovare ampliamenti e limitazioni. Partendo dal principio che *executio sententiae regulariter fieri potest in omnibus rebus et contra omnes*, la *Practica* di Asinio trovò di ampliarlo in 38 modi e di restringerlo in 48 (2), e un altro trattato portò i primi modi a 40 e i secondi ridusse a 20 (3). Molto si discuteva sugli strumenti agricoli, se tutti i buoi o solo quelli aratorii (4): a Firenze e a Gubbio erano sottratti ai pignoramenti tutti gli animali, ma non pei debiti verso il fisco (5). Fu vietato portar via le tegole delle case o le imposte delle finestre, il che più rivestiva forma di perfida soperchieria che di rivalsa economica. Ovunque godevano esenzione le armi e i cavalli dei soldati, i libri dei dottori e degli scolari (6), i frutti dei benefici ecclesiastici e delle prebende degli ordini cavallereschi, le pandette e i registri dei notai, le bandiere delle Arti, gli stendardi delle confraternite, i pennoni dei navigli. Una nota di gentilezza voleva esentati i doni che la moglie aveva ricevuto al giorno delle nozze e in altre occasioni di feste familiari. Poi si dovevano lasciare al debitore

---

119, 123, ecc.; Parma, 1347, II, pag. 151: *de usuviliis non pignorandis*; Como, 246: *praeter utensilia coquinae et pannos quos portet in dorso*; così a Biella, 1245, c. 344.

(1) Vedi per es. lo Stat. di Milano, I, 36; Cesena, I, f. 28; Firenze, 1415, II, 56; Sinigaglia, 1584, II, 33 e 75; Benevento, 1717, II, 78; Gubbio 1685, III, 13; Ferrara, 1567, II, 75; Reggio, II, 50; Feltre, III, 20; Forlì, II, 56; Terra di Santa Anatolia, 1552, IV, 38; Assisi, 1743, II, 18; Ascoli, 1377, ed. 1910, II, 7; Perugia, 1523, vol. II, pag. 188. Per Venezia v. FERRO, *Dizionario*, voce Intromissione, VI, pag. 288.

(2) ASINIUS, *Praxis*, § 31, cap. 2, pag. 169 a 184.

(3) MAUSONIUS, *Tractatus de causis executivis*, Ven., 1626, pag. 158; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, lib. II, tit. 3, pag. 58.

(4) Riguardo ai buoi aratori e agli arnesi agricoli correva pei tribunali la *theorica Ploti*, un giurista di Novara, secondo la quale potevasi procedere a sequestro quando il creditore dava garanzie di adoperarli per l'agricoltura. FIERLI, *Celebriores doctorum theoricae*, Roma, 1840, pag. 259. Nella Campagna romana i buoi non aggiogati erano sequestrabili: CONSTANTINUS, *Ad stat. urbis*, LX, 1, n. 46. Lo stesso era per gli animali da macello; ROMUSSI, *De re agraria*, 28; NEGUSANTIUS, *De pignoribus*, p. II, m. 3; CARPANUS, *Comm. ad Statuta mediolan.*, I, c. 251; MERLINUS, *De pignorib.*, II, tit. 1, qu. 61; ASINIUS, pag. 183.

(5) CONCIOLUS, *ad Stat. Eugubii*, lib. VI, r. 1. Così anche a Como per gli Stat. del sec. XIII.

(6) Stat. di Milano, 1478, c. 251; Reggio, 1501, II, 44; Lucca, I, 139.

Digitized by Google

provviste di granaglie per 20 giorni, per lui e la famiglia (1), e all'artigiano i suoi strumenti da lavoro.

Nelle città dove l'economia capitalista voleva incoraggiare gli impieghi del risparmio nei prestiti pubblici, nei depositi bancari, come a Venezia e a Genova, erano insequestrabili le *compere* del Banco di San Giorgio, i depositi nei Monti pontifici, nel Monte dei Paschi a Siena, le polizze di banco a Napoli, quelle della Tavola a Palermo. E dove accanto alla modesta bottega dell'artigiano spuntano gli opifici cogli operai a giornata o negli arsenali lavorano le squadre di artieri, lo stesso beneficio è esteso ai salari: così volle legge veneta del 1399 (Ferro, X, 29). A Pisa e a Genova erano eccettuate le merci ultramarine per favorire il commercio e le industrie locali (2).

I mobili così pignorati dovevano porsi all'asta, che veniva annunziata per due o tre volte dal pubblico banditore e fatta nella piazza pubblica e nei giorni di mercato (3). Col prezzo della vendita pagavansi i debiti, le spese giudiziarie e le multe. L'asta dovevasi ripetere tre volte e anche cinque (4). Nel diritto sabaudo-piemontese compiuta la *missio in possessionem per manum militarem*, si concedeva al nuovo possesso la salvaguardia del duca e sulle cose aggiudicate si ponevano le insegne ducali (5).

34. Non bastando i mobili si passava ai crediti: le Cons. di Milano 1216 (3): *si condemnatus in banno vel blasmo positus satisfacere creditori noluerit, statim ipsius debitoris condemnati pecunia, si apud aliquem suum debitorem inventa fuerit, contestatur et tantum de illa creditori assignatur iussu consulis donec ei fuerit satisfactum*. Il debitore esecutando era citato; gli si contestava il debito ed

(1) Stat. di Ravenna, 1257, r. 133; Verona, 1400, II, 51; Codice di Carlo Felice, 1528; Costit. di Francesco III.

(2) Breve pis. Com., 1256, I, 125-173: *caseus, coria, lana, vel alique alie res vel merces que reducerentur de partibus marinis staziri, sequestrari aut alio modo capi non possint... Non patiemur quod reducenti per terram vel aquam Pisas bladum, vinum, lignamen, castaneas... picem, stuppam staziantur, imbrigentur*, ecc.; ma queste esenzioni non valevano per i crediti di Pisani: PERTILE, § 241, n. 121.

(3) Const. patriae Foroiuli, r. 77-99; Stat. Sinigaglia, 1584, II, 33, 75; Roma, 1580, I, 85; Gubbio, 1685, III, 13; Editto di Emanuele Filiberto, 1561.

(4) Stat. di Amedeo VI, ed. NANI, pag. 7. Devono trascorrere 8 giorni dal pignoramento alla vendita, e l'asta ripetersi 3 volte.

(5) Leggi di Amedeo VIII, c. 13, ed. BURAGGI.

Digitized by Google

era tenuto al creditore istante *dare in solutum etiam nulla facta cessione bonorum* (Gubbio, III, 3; Cremona, c. 343).

La stessa Cons. di Milano così continua: *Res quoque mobiles condemnato praesertim si absque scandalo fieri poterit, per executorem auferuntur et illi cui condemnatus est, assignantur, donec illas debitor exigat, vel iussu iudicis vendantur vel in solutum dentur creditori. Verum si qua res mobilis ei auferri non poterit, vel si possit, malit tamen creditor in possessionem immobilium mitti vel aliquam rem immobilem in solutum sibi dari, consules ipsum in possessionem mittunt, vel per extimatores reipub. rem immobilem faciunt subtiliter extimari et publica interveniente scriptura ipsam in solutum dant creditori* salvo il diritto di averla i parenti agnati per lo stesso prezzo. In questa disposizione sono riassunte le principali fasi del procedimento di esecuzione sui mobili, che sono assegnati o venduti, sugli immobili che sono pure o venduti o dati *in solutum* (1).

35. In difetto di beni il giudice potrebbe senz'altro ordinare la cattura (2): ma prima si inviava al debitore altro *monitorium* o citazione *ad relevandum*, cioè a giurare quali beni aveva (*iur. manifestationis*), e *ad tenendam portam apertam ut possit exequi mandata*. Tal giuramento, modellato su quel che a Roma ponevasi a carico dell'erede, trovasi per la prima volta nell'*Ordo iudic.* di Roffredo beneventano (m. 1243, ed. 1561, pag. 497); poi in Azone e nella Glossa, però sempre a carico dell'erede invitato *ad exhibendum* e a purgarsi dal sospetto di aver agito *malitiose*, e *iur. ad purgationem* lo chiamarono Odofredo, Bartolo, Baldo ecc. (3).

36. La legislazione statutaria l'applicò al caso del debitore espropriando, e ciò fino dal sec. XIII (4). Il creditore lo può chie-

---

(1) Non sono escussi i crediti come le cose mobili che si trovano presso terzi se non nel caso che siano insufficienti i beni presso il debitore: Stat. di Parma, II, 143; Feltre, III, 31; Trento, I, 61.

(2) Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 13; Novara, 1573, II, pag. 123; Gubbio, 1685, III, 15; Ferrara, 1567, II, 75.

(3) WALTHER, *Genetische Entwick. der Lehre von Manifestationseide*, 1859; WACH, *Der Manif. in Italien*, in *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, VII, 1868; AZO, *Summa*, ad Cod. VI, de iur. delat.; ad Nov. I, c. 2; Nov. XLVIII; Gloss. ad l. 22, Cod. VI, 30; ad l. 2, Cod. X, 34; BALDUS, ad l. praesenti Cod., I, 12; l. licentia, Cod. VI, 30; Nov., I, c. 2; Nov. XLVIII.

(4) Stat. di Torino, Casale, Ivrea, Moncalieri, in *H. p. Mon.*, pag. 659, 947, 1179, 1369; Como, 1231: deve giurare *proprio ore*; e se il creditore dubita che sia reticente, può esigere la ripetizione del giuramento: c. 246, 248.

Digitized by Google

dere ogni qual volta ha sospetto *de occultatione* (1), nello stesso modo che il giudice nulla trovando da sequestrare *manu militari*, faceva giurare il debitore della sua impossidenza (2). La mancanza o insufficienza di libri catastali rendeva opportuna simile misura, la quale entrò nella pratica, e quando il nuncio ritornava dicendo non aver trovato *de quibus quaestio pendet*, si deferiva questo *iur. manif.* (3). Ma nel Napoletano, forse perchè si era avvertita la facilità con cui si giurava, sebbene non si potesse iniziare l'esecuzione colla cattura del debitore, *tamen potest nuncius et executor incipere a captura compellendo debitorem personaliter ut indicet bona sua in quibus erit facienda excussio*: l'esecutore poteva dire: ignoro se hai beni dove fare l'esecuzione, *exhibeas illa, alias exequor in persona tua* (4). Era un progresso in confronto della tortura a cui poteva il giudice sottoporre il debitore quando investigava, in procedura fallimentare, i beni del debitore; e della tortura poteva valersi anche quando mancasse ogni sospetto o indizio legittimo: e questo secondo statuti del sec. XIV e del sec. XVI (5). Il procedimento contro il debitore per causa civile era più umano in confronto di quello contro il debitore per causa commerciale (6). Giuramento e cattura non richiedevansi nel caso di fideiussore che rispondesse pel debitore *de representanda re, de exhibenda ad postulationem iudicis*: si poteva in tal caso ottenere anche la rimozione del sequestro: così lo Stat. di Modena (1327, III, 17). Nel procedimento esecutivo le cauzioni erano richieste non solo nei casi citati, ma anche *de re non baratanda, de re salvanda et custodienda* (Mantova, pag. 143); espressioni che ebbero

(1) Stat. di Piacenza, II, 28; Lodi, 1390, c. 119, 110; Decreta vetera ducum Sabaudiae, 1430, II, 90. E sull'alienazione clandestina, v. CAROCIUS, *De excuss. bon.*, Ven., 1597, pag. 79.

(2) BARTOLUS, ad l. 6, § 3, Cod. de his qui ad eccl., I, 12 (vol. VIII, 25).

(3) DE FERRARIIS, form. ad hypoth., pag. 396.

(4) MARANTA, VI, et post omnia circa exec., pag. 547.

(5) Stat. di Piacenza, pag. 203; Cremona, 106; Milano, 1502, 24; Bergamo, coll. V, 50; Bologna, 1509, 44, 51; 1550, 45, 52, cit. da LATTES, *Dir. comm.*, 318. A Milano e a Lucca occorrevano fondati sospetti: a Firenze fu vietata la tortura senza l'approvazione di tre consiglieri della Mercanzia.

(6) Il *beneficium excussionis* non era ammesso nelle curie mercantili: v. CAROCIUS, pag. 215, 261; in esse, dopo l'*inquisitio bonorum usque ad sacculum et peram et minimum quadrantem*, procedevasi a esecuzione personale.

Digitized by Google

corso nelle leggi italiane del sec. XIV e XV (1) perchè poi si ritornò alla formola più generale *cautio iud. solvi*, la cui violazione portava all'arresto, e negli statuti riformati questa è menzionata assieme all'altra *de re non alienanda et conservanda* (2).

Se l'escussione involgeva *extranei possessores contra quos quis intendit ypothecariam movere*, questi avevano diritto a termini congrui per presentare le loro ragioni (Stat. del Frignano, 1337, III, 31).

37. Nell'esecuzione immobiliare la procedura era più complicata e lunga. Si iniziava con un mandato di *pareatis* in nome del re, in Piemonte, per es., collo stesso preambolo delle ordinanze regie. Sui muri delle case erano affisse le armi del re per indicare le procedure in corso, e per tale affissione chi le turbava incorreva in confisca di metà dei beni. Fatta la pignorazione o *levatione di gaggio*, chiesto il rilascio, nominato un custode, citato il debitore, si bandivano le aste a suon di tromba (3): gli incanti si tenevano la domenica *davanti a chiesa all'hora che il popolo* esce da sentir messa o in giorno di *mercato* ed erano ripetuti quattro volte. Se l'aggiudicatario non pagava, oltre i danni e le spese era messo in prigione, e *nessuno di coloro che haveranno fatto oblatione si intenderà essere libero dalla obligatione per l'oblatione maggiore*. I beni affittati per tre anni non erano messi all'incanto, ma era fatto obbligo al conduttore di pagare il creditore, al quale si assegnavano *in solutum*, ma a sua scelta, se l'asta andava deserta, tanti beni quanti erano sufficienti al pagamento, e questi in dominio revocabile, col beneficio del terzo e anche di un quinto meno del loro valore (4). Il debitore aveva un anno di tempo per riscattarli (5): anzi a Modena (1327, III, 29) non accordavasi *parabolam*

(1) Stat. di Parma, 1266, pag. 225; Bergamo, 1331, III, 3.

(2) Stat. di Roma, 1580, I, 97; Verona, 1228, ed. 1728, II, 55; CAROCIUS, *De sequestro*, 1576.

(3) Stat. di Brescia, III, 209: *exclamatio facta in broleto alta voce*; 267: *fiant per precones*. Un regolamento speciale fu fatto a Mantova: *Ordo de bonis praeconis voci subiiciendis*, Mantova, 1666. A Genova tutti gli incanti facevansi in *publica callega*: così in Stat. 1633, IV, c. 22. A Rovereto (Stat. 1425-1610, ed. GAR, 1859, c. 31) il banditore proclamava gli incanti nelle scale del palazzo comunale. A Rovigno, 1531, c. 18, gli incanti erano pubblicati alla loggia per due domeniche.

(4) Stat. di Dervio e Corenno, 1389, c. 93: *extimando res immobiles illud quod valent quinque in quattuor nisi partes fuerint concordes*.

(5) Id., c. 93, solo 2 mesi; Valsassina, 1388, c. 8; Stat. Canavisii, Aglié,

Digitized by Google

de vendendo pignora nisi fuerit preceptum quod recuperent (1). Dopo quel termine il dominio del creditore diveniva irrevocabile. Solo quando non poteva riscattarli, gli competeva il diritto di farli subastare: e allora bandi, aste rinnovate, ecc. Il creditore doveva giurare la verità del suo avere *antequam res tradantur* (Brescia, III, 277), ed aveva la scelta *accipiendi solutionem in quibus rebus maluerit*, come il debitore *solvat bannum* se i beni *non sufficiant* (2). Se più erano i creditori istanti, *quis vult sibi satisfieri* faceva l'*exclamatio* (id., 275). Il diritto piemontese vanta forse la maggior abbondanza di norme in tale materia (3); nelle altre regioni, se lacune vi erano nelle leggi, vi suppliva il diritto comune.

Al momento della vendita giudiziaria, come nei casi di alienazione volontaria, era ammesso il diritto di prelazione in favore dei parenti: lo riconoscono le Cons. milanesi fin dal sec. XIII (c. 3), le venete (III, 19, 24) e più le consuet. sicule; non facendosi differenze fra le vendite forzate e le altre (4). Egual preferenza avevano i condomini, e questi e quelli godevano di un diritto di riduzione sul prezzo di perizia o di offerta, purchè non ne fosse danneggiato il creditore istante. Anche dalle aste erano esclusi i forestieri, i non accatastati (Perugia, 1342, II, 73), volendosi che terre e case fossero possedute da nativi del luogo (5).

Non erano soggetti a espropriazione i beni feudali, fedecommissari, beneficiari, enfiteutici: dei quali solo le rendite erano assegnate ai creditori in estinzione dell'avere: pei feudali non mancano eccezioni, dovute alla loro tendenza di allodificarsi e allo scomparire degli obblighi militari gravanti sui feudi. Era accor-

---

1448, I, 130; Balangero, 1391, I, 279. A Biandrate, c. 19, un anno e un giorno, e tal diritto spettava ai parenti fino al 4° grado.

(1) Stat. del Frignano, 1337, III, 34.

(2) Stat. Canavisii, Balangero, II, 279; Novara, 1583, II, pag. 123: dei beni non venduti *possit luere seu rescodere bona sua.*

(3) SOLA, pag. 496 a 502, e precisamente: Stat. di Amedeo VIII, 1450, II, 172; N. Decreti, 1582, lib. III, c. 58; Costit. piem., 1723, 1729, 1770. L'aggiudicazione al creditore era la regola. Il termine del riscatto di 15 giorni (St. di Amedeo VI) fu portato a 6 mesi da Carlo Emanuele I, 1582, poi a un anno nelle Costit. del 1770. Vedi BURAGGI, *Stat. di Amedeo VIII*, pag. 60.

(4) Questo diritto di retratto durava a Biandrate, c. 20, tre anni e un giorno.

(5) Stat. di Lucca, 1308, IV, 73; Biandrate, c. 297, pag. 200; Lodi, 1586, c. 332; Moncalieri, *Mon. hist. p.*, pag. 1367; Parenzo, II, c. 36.

Digitized by Google

dato il *beneficium competentiae* (come quello *dimidii solidi* sugli stipendi) al debitore rimasto povero, *ne egeat* [1]. Gli ecclesiastici godevano di privilegio pel can. *Odoardus* (c. 3, X, III, 23): *si constiterit O. in totum vel in parte non possit solvere, sententiam* (di scomunica) *relaxetis, recepta prius cautione ut si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita persolvat*: privilegio al quale indirettamente alludeva il can. *Pervenit* (c. 2, X, III, 22). La pratica delle curie ecclesiastiche voleva che sui frutti del beneficio si dovesse riservare al chierico tanto *ne egeat* (che nel Napoletano valutavasi a 6 ducati al mese), eccetto che il debito avesse origine da mercatura e il chierico fosse sospetto di fuga. I poveri avevano il privilegio di essere lasciati col letto e le vesti, che a Roma riassumevasi nella frase: *non auferatur pallium* (Leoncillus, *Privil. paupertatis*, p. III, priv. 3).

38. Nei sec. XV e XVI grazie alla dottrina, all'esperienza e alla maggiore civiltà si raggiunsero notevoli progressi nel senso di tutelare sì i creditori ma anche in quello di salvare il debitore dalla rovina. Il contributo dottrinale è riposto nelle opere *de excussione* di De Barzi, Carocio, Negusantio: in materia *de executionibus* fece testo un'opera del fiorentino Asinio (Firenze, 1571; Venezia, 1587): e in quella *de subhastationibus et licitationibus* ebbero autorità Mangilio di Pesaro e Postio di Perugia (1663). Tutti gli argomenti dell'esecuzione sono svolti nelle Pratiche civili di Sabelli e Asinio secondo il rito toscano, di Ridolfini e Vestrio per Roma, di Della Chiesa pel Piemonte, di Burzio e Candini per la Sicilia, di Maradei, Carlevalio, Riccio, Sanfelice, per Napoli. La materia dei crediti e delle garanzie ipotecarie fu trattata dal napol. Gaito (*De credito*, Ven., 1641), quella dei pegni e ipoteche dal forlivese Merlino, colle decisioni della Rota Romana (Ven., 1649), dall'aretino Mauro (*de fideiuss., satisdation.*, ecc., Ven., 1620 e altre ediz.). Tutti superò per autorità lo spagn. Salgado, che nel *Labyrintus creditorum* (Ven., 1653) cercò sciogliere le tante difficoltà nascenti dalle priorità, privilegi, scritture pubbliche e private, opposizioni, ecc. Altre trattazioni particolari ma altrettanto voluminose, farraginose per la casistica e la molteplicità delle opinioni scrissero: Alderisio (Nap., 1671) e Barbato (Nap., 1637) sull'*Assistenza*, cioè sull'implora-

---

[1] GASPARIS BEATUS, *De debitore inope*, in *Tract. univ. iuris*, t. III, parte 2, pag. 204; BRUNUS, *De cessione bonor.*, id. e Ven., 1567.

Digitized by Google

zione rivolta al giudice perchè assista alla presa di possesso in virtù della clausola *de capiendo* apposta nello strumento, rimedio desunto dall'interdetto Salviano: sulle vendite all'asta Novario, Negri (Niger); sui beni da darsi *in solutum* Glusiano (1620); sulla cessione dei beni Bruno (1575), Marta, Giurba (siciliano), Oddo Sforza, Scaccia: e tutte le opinioni sono riassunte nelle conclusioni del Tuschi, De Luca, Sorge, Sabelli, ecc.

In queste opere non vi è argomento di quelli codificati nei codici moderni sul giudizio di spropriazione che non sia preso in considerazione. I casi più vari e complicati si erano presentati, e le leggi contenevano disposizioni sui pignoramenti e sequestri (1), sui bandi per le vendite, sui privilegi delle doti (2), sulle separazioni dei patrimoni (3), sui giudizi di graduazione (4), e molto ancora parlavano dei debitori fuggitivi (5) e di altre particolarità (6); ma sempre in modo sommario e frammentario, cosicchè buon giuoco aveva la giurisprudenza per completare le lacune. Ad essa il compito di spiegare le opposizioni del debitore ai precetti, i conflitti fra creditori specialmente quando le leggi permettevano la pluralità di esecuzioni, le opposizioni di terzi aventi la proprietà o altro diritto reale ammessi a partecipare col creditore istante alla distribuzione del prezzo, salvi i diritti di privilegio; o ammessi a separare i loro diritti. Altre misure cautelari in favore dei terzi o nel caso di concorso di creditori procedenti sugli stessi beni erano già considerate nella legislazione statutaria del sec. XIV e meglio nel XV (7). E a tale scopo provvedevano le pubbliche gride e gli avvisi affissi nel palazzo comunale che non solo servivano, nella mancanza dei libri ipotecari e nella insufficienza di quelli di estimo, a far manifesti i beni dell'espro-

(1) Stat. di Cesena, I, f. 27; Vigevano, 1608. II, 61; Brescello, II, 44.

(2) Stat. di Cremona, 1578, c. 382.

(3) Stat. di Vigevano, 1608, pag. 106.

(4) Stat. di Reggio, II, 47; Brescello, 1697, II, 41.

(5) Stat. di Sinigaglia, 1524, II, 64; Brescello, II, 36. Sull'assistenza, v. Stat. di Gaeta, 1750, II, 88.

(6) Per es. lo Stat. di Ferrara, 1567, II, 76, vietava di procedere contro i rustici che si trovavano in città nei giorni di mercato. Quello di Novara, 1583, II, pag. 124 disponeva sul pagamento dei creditori quando il *prior creditor* non si presentava.

(7) Stat. di Modena, 1327, III, 35 e 45; Piacenza, 1336, II, 24; Verona, 1450, II, 60; Gubbio, II, 31 (con molti commenti di Conciolo).

Digitized by Google

priando ma anche i diritti dei terzi sopra essi (1). Certamente tante cautele, sia che si procedesse contro il debitore o il terzo possessore e sia quando i creditori istanti fossero molti, quali ipotecari, privilegiati, onerosi, lucrativi, chirografari, e poi vi fossero ipoteche generali e tacite e altre nascenti da sentenza, e vi fossero soggiogazioni per doti, per assegni di *vita et militia*, ecc., tutte cose più spesso da provarsi con testimoni che con scritture, rendevano intricato ed eterno il giudizio di graduazione, purgazione, liquidazione. I tanti pesi e vincoli sulla proprietà fondiaria, spesso mancanti di pubblicità talmente inceppavano i procedimenti di esecuzione che mai potevansi dire chiusi e definitivi, trascinandosi per decenni, tra una fioritura di nuove liti con grande delizia degli avvocati che sopra le rovine del debitore e dei creditori costituivano le loro fortune (2). E gli incanti altre liti riservavano fra i condomini, i parenti, i confinanti per pretese di retratto e congruo (3), fra i creditori di diverse provincie, avendo la preferenza quelli della provincia ove era sito l'immobile, fra i creditori di banco e gli estranei. Su tali argomenti tacevano le leggi e tutto era lasciato alla prassi del foro e all'autorità degli scrittori (Andreoli, Barbato, Merlino, Marta, Della Chiesa, ecc.) e specialmente dopo il sec. XVII il Card. De Luca e Sorge per l'Italia meridionale, Richeri, Castiglione e altri per l'Alta, tutto il materiale precedente riassunsero e chiarirono (4).

39. In questo periodo molte delle antiche norme restarono in vigore: le innovazioni furono dirette in special modo a impedire che il diritto del creditore risultasse indebolito dagli stratagemmi dell'avversario per allungare l'esecuzione; e collo stesso criterio altri provvedimenti furono imaginati per ridurre al minimo la rovina del debitore: per es. la sospensione dell'incanto

(1) Stat. di Belluno, 1524, II, 111. Per mezzo di gride si invitavano i creditori a far valere i loro diritti, ripetute tre volte nello spazio di 100 giorni, come a Bologna, 1561, 139; o 7 volte come a Pavia, e l'invito si scriveva e si affiggeva al palazzo dei notai.

(2) Cfr. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, c. 6.

(3) NIGRUS, *De pignoris subhastatione*, Ven., 1641, p. II, c. 6; SANFELICIS, *Decis.*, 100, 103, 104.

(4) Sui diritti del creditore ipotecario poziore, vedi fra i proceduristi antichi DURANTE, IV, de pignoribus, e P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. action. hypot. Le molte controversie per stabilire l'anteriorità in *hora et puncto* sono svolte dal cit. SALGADO, da NEGUSANZIO, *De pignor.*, p. V, membr. 2; da GAITO, *De credit.*, c. IV; da MERLINO, *De pignor.*, lib. IV.

Digitized by Google

se vi era sospetto di collusione o assenza o scarsezza di oblatori, con offerte basse (*Costit. estensi*, 1771). Da molto tempo il procedimento esecutivo italiano aveva superato quella fase in cui prevalevano caratteri e scopi penali per disobbedienza ed aveva assunto la funzione economica di estinguere un diritto accertato e liquido. In questa via l'Italia da secoli aveva preceduto gli altri paesi oltramontani (1), nello stesso modo che aveva tolto tutte le asprezze di natura personale, perchè lo stesso arresto era una forma di coazione e non una pena. E se si confronta il procedimento esecutivo italiano del sec. XVII con quello consacrato dai codici nostri del sec. XIX, è facile constatare non esservi differenze sostanziali; nello stesso modo che si può affermare aver esso servito di modello agli altri paesi che dalla pratica nostra secolare appresero le regole pel *concursus creditorum*, per la *cessio bon.* da farsi non al creditore ma al tribunale, per la nomina del sequestratario da questo nominato, pel *decretum de aperiendo concursu*, per la *sententia graduationis*, ecc. (2). Così anche alcuni perfezionamenti nello stato di liquidazione e classificazione che figurano nelle ordinanze dei tribunali camerali tedeschi del sec. XVI, eransi da noi raggiunti e in maniera interamente indipendente da ogni influenza straniera, perchè autonomo, e si potrebbe dire nazionale, fu lo sviluppo di tutto il procedimento italiano. Il pregio della dottrina straniera dopo il sec. XVII consistette nel dare maggior sistema e nel distribuire in più rigidi schemi quanto era nella nostra soverchiamente casistico, o nel chiamare cose vecchie con nomi nuovi (3). Ma tutto

(1) L'influenza della dottrina italiana in Germania nel processo esecutivo è riconosciuta da DEGENKOLB, *Einlassung und Urtheilsnorm*, pag. 115, e da KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung*, pag. 58.

(2) L'opera di SALGADO DE SAMOZA, *Labyrintus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem inter illos causatum*, pubbl. nel 1646 (ed. Lione, 1757, in 2 vol.) fa continui richiami ai giuristi italiani e invoca le pratiche dei nostri tribunali, le quali furono adottate in Ispagna. In un 3° vol. sono pubblicate due centurie della S. Rota romana che illustrano la materia del *Labirinto*. — La distribuzione proporzionale era già usata in Italia fin dal sec. XIII (v. Costit. di Siena, 1262, c. 73: *omnia bona mobilia quam immobilia distribuam inter creditores*); e v. STRACCA, *De decoctoribus*.

(3) Sono estranee alla procedura le tante questioni sui privilegi dei creditori, esaminate o nei commenti al Dig., XLII, 6, Cod. VIII, 19, 20, o nei trattati sui pegni e le ipoteche di Negusanzio o del credito del napol.

Digitized by Google

il necessario esisteva da tempo, e gli Italiani nulla avevano ed ebbero da apprendere.

Con tale valutazione non si negano i difetti che anche al secolo XVII turbavano il procedimento esecutivo, specialmente per le tante cabale imaginate allo scopo di sospenderlo, protrarlo, invilupparlo in altre liti e così renderlo eterno e rovinoso. Il trattatista più accreditato elencava venti espedienti per far cessare la via esecutiva (1): un altro estendeva a 48 le eccezioni per sospendere la sentenza di esecuzione (2). Altri rimedi proponevansi contro le esecuzioni dannose (3) e in generale contro la cosa giudicata (4), e nascondevansi sotto la speciosa giustificazione di essere trovati *ad intelligentiam statutorum*. Si sosteneva, per es., che non solo il giudice ma anche l'espropriando potesse sospendere gli atti di esecuzione coll'eccezione: *dolo facis petens quod statim restituturus es*: che il procedimento dovesse arrestarsi se il giudice della esecuzione era diverso da quello che l'aveva ordinata (5). Sì, veramente la dottrina si era messa con studio a concretare non pochi privilegi dei creditori (diritto all'ipoteca tacita, agli interessi di mora, alla prelazione, anteriorità *pro aliqua re reparanda, construenda*, ecc.), ma altrettanti e perentori ne aveva formulato pei debitori (6).

Gaito. Tali argomenti sono anche esposti dal punto di vista del diritto sostanziale e formale nelle Prassi giudiziarie, a cui si è tanto fatto ricorso in questa storia, di Asinio, Carlevalio, Capuccio (2 vol., Napoli, 1680). Molto discussa era la preferenza da accordarsi al credito derivante da confessione su quello per numerata pecunia (ANDREOLUS, *Controversiae forenses*, Ven., 1662, parte V, c. 31 e 204) e quella dei creditori posteriori ipotecari per causa onerosa sui creditori anteriori anche ipotecari per causa lucrativa (CARLEVALIUS, *De iudiciis*, p. II, tit. 3, disp. 30). Tutto ciò che si riferisce al giudizio di concorso, graduazione, ecc., che poi ebbe dopo il 1650 esposizione sistematica dai giuristi tedeschi, era stato preso in esame dai nostri sotto forma di consigli, controversie, decisioni, in modo farraginoso ma con visione completa dei problemi.

(1) MAUSONIUS, *De causis executivis*, Ven., 1654.

(2) ASINIUS, *Praxis civilis*, § 31, pag. 169 a 184.

(3) CAROCCIUS, *Tractatus de remediis contra praeiudiciales sententias vel damnosas executiones*, Ven., 1620.

(4) NIGER (Negri), *Tract. de exceptionibus remorantibus faciendam vel factam sed non consumptam rei iudicatae executionem*, Roma, 1647.

(5) A Napoli sospendevasi l'esecuzione colla formola: *parito iudicato arbitrio Rotae, nisi infra*; v. CARLEVALIUS, *De iudiciis*, lib. II, pag. 58.

(6) AGOSTA, *De privilegiis creditorum*, Roma, 1661; CAPUCCIUS, *Praxis civ.*, vol. II, art. 9, e DE LUCA, *Index: de inopibus et de vergentibus ad inopiam*.

Digitized by Google

40. Nel sec. XVII e XVIII fecero testo le norme formulate anteriormente, perchè nessuna novità introdussero le Cost. piemont. del 1770, le estensi del 1771, le Pramm. del 1738, 1774. Le principali disposizioni legislative emesse in questo periodo sono dirette a combattere le frodi « che rendono inutili e frustratorie a' poveri creditori le lettere esecutoriali » introducendo istanze di nullità, di rescissione del contratto, di dilazione quinquennale, di concorrenza mossa da creditori falsi e simulati. Si voleva una sollecita giustizia, mentre tutto era disposto in senso contrario. Quanto poi si atteneva al rito era più consacrato dalla pratica che dalle leggi. Il giudizio iniziavasi colla liquidazione del titolo, colla notificazione del *solvat* e della sentenza, ed ogni atto compivasi per ordine e coll'assistenza del giudice e coll'intervento dell'ufficiale giudiziario (1). Il creditore non poteva valersi dei diversi mezzi di esecuzione, in modo illimitato, anzi si era cercato di restringerne il numero (2). I mobili non pignorabili erano quelli indicati nelle leggi antiche, e ad esse riportavansi le norme per la vendita e l'aggiudicazione degli oggetti pignorati, come per la espropriazione, l'incanto, la stima, la vendita, i bandi dei beni immobili. Un punto complicato era quello delle perizie. Si cominciava con citazione per designare i confini, che conosciuti o non noti, venivano con successivo decreto *dichiarati per bene* e rettamente dati, tutto che non dati da alcuno.

41. Dopo la notificazione del pignoramento o del sequestro il debitore poteva fare offerta di pagamento, l'*oblatio*, di cui trattarono i giuristi antichi sulle traccie del diritto romano (l. 19, Cod. *de usuris*, IV, 32). Si parla di un'offerta verbale e di offerta reale o *cum consignatione* (3): la prima così espressa: sono pronto a pagare, aveva effetti nell'impedire la distrazione del pegno, il decorso degli interessi e delle penalità di mora volute dalle leggi: e dicevasi bastasse *quando res sit talis quae non possit realiter offerri ut fundus, ut equus*; e quando *in iudicio offerens habet pecuniam ad manus*, in caso di debito liquido, e il denaro sia ricusato dal creditore: e quando sia fatta in luogo congruo. L'of-

(1) Per es. l'attività del giudice nel formare gli stati di graduazione era pienamente riconosciuta in Italia, e a Napoli svolgevasi nella così detta *assistenza*.

(2) MARANTA, VI, et post omnia, pag. 546.

(3) BARTOLUS, alla cit. l. 19; l. 23 solutionem, Dig., XLVI, 3; l. I creditor, Dig., XX, 5 (vol. VI, 52; II, 137).

Digitized by Google

ferta reale liberava il debitore; ma doveva però farsi coll'autorità del giudice, in denaro contante *non autem in marsupio vel sacculo* (1). Se il creditore si rifiutava a ricevere il denaro, il debitore lo faceva contare alla presenza di testi e *deponere in sacculo sigillato* (2), e a ciò si riferiscono gli Stat. dell'Arte di Firenze che ordinavano chiudersi la somma in un sacchetto *sub sigillo artis*, il quale o era consegnato allo stesso debitore o deposto nella sacrestia di chiesa (3). Notisi che sovente i creditori rifiutavano il pagamento per valersi delle pene stabilite in caso di mora, e allora correva l'interesse del denaro (4), e cercavano *scrivere per dono quello che si dava per merito*. Le stesse controversie sull'offerta reale e verbale si ebbero nei sec. XVI e XVII: e la verbale fu detta *ventosa ostentatio* se non era accompagnata da un fatto positivo e preciso. La dottrina napoletana non ammetteva offerta alcuna nel caso di procedimento esecutivo già iniziato (5).

42. Al giudizio di esecuzione si innestava quello di concorso, col *mandatum de aperiendo concursu*, cioè colla citazione per bandi e proclami di tutti i creditori, di quanti avevano ragioni per strumenti pubblici o scritture private, con ipoteche tacite, dei creditori privilegiati, chirografari, ecc., che al sec. XVII furono elencati in 5 classi. Seguiva la nomina dei periti in contraddittorio col debitore: quindi un vero giudizio, e le perizie, specialmente nel Napoletano, davan luogo a interminabili liti. La nomina doveva farsi dal giudice, d'accordo colle parti: le relazioni peritali potevano essere impugnate *usque ad* 30 *annos* (6). Compiute le perizie, si bandivano le aste, con gride da ripetersi tre volte, secondo alcune leggi, entro 100 giorni, in luogo pubblico, nel mercato, ecc.: ad ognuno di questi atti citavasi il debitore. Gli incanti sospendevansi se gli offerenti erano pochi e offrivano somme irrilevanti. L'uso della candela vergine è ricordato anche nelle antiche leggi e continuò in seguito. Deliberato l'incanto, il giudice emetteva sen-

(1) BARTOLUS, l. cui fundus, Dig., XXX, 1 (vol. IV, 4).

(2) BALDUS, l. acceptam, 19, Cod., IV, 32 (vol. IV, 109).

(3) BONOLIS, *L'offerta reale, notizie storiche*, *Arch. giuridico*, LXVII, 1901.

(4) SALVIOLI, *Storia del diritto ital.*, 1921, § 677.

(5) CAPYCIUS, *Decis.* 41, 202; SANFELICIUS, *Decis.* 117, 118; NEGUSANTIUS, *De pignoribus*, p. V, m. 3.

(6) RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. I, c. 8; PACIUS IORDANUS, *Lucubrationes*, vol. III, pag. 443.

Digitized by Google

tenza di assegnazione, in cui computavansi le sportule al tribunale, si immetteva l'aggiudicatario nel possesso e lo si garantiva colla formula del *perpetuo silenzio.*

La mancanza di veri registri ipotecari, ancora al sec. XVIII, e l'insufficienza di altri mezzi per dare certezza ai trapassi di proprietà avevano indotto i legislatori a rimediarvi in due modi, col proclama di *perpetuo silenzio* e coll'obbligo fatto al debitore espropriato di *facere instrumentum emptori in cauta forma, et si recusaverit, compellatur per Curiam captis pignoribus et mulcta ad faciendum per acta publici notarii*: così nello Stat. Gaeta del 1750 (IV, 85). Il *perpetuo silenzio* chiudeva il giudizio di espropriazione, di concorso e di graduazione o classificazione (1): ma anche esso aveva le sue eccezioni e limitazioni, e per questo motivo e per le tante ipoteche tacite e pel fatto che non solo ad ogni pubblico istrumento si riteneva annessa un'ipoteca generale senza obbligo di pattuirla, ma anche agli atti di ultima volontà (Costit. di Vittorio Eman. II), i nuovi acquirenti aggiudicatari non eran sicuri da sorprese e da nuovi giudizi. Ad ovviar quelle e questi in Piemonte solevasi accordare dal principe al vincitore e alle cose aggiudicate una speciale protezione, e in segno di essa si erigevano sui fondi i *panicelli* recanti le insegne ducali, *tuitio regis nominis* (2), pratica che ricorda la simbolica *biffa* o *wifa* o la croce o il pittaccio dell'epoca romana e medievale (v. parte I, pag. 372).

Ma non poche delle singolarità del passato, dovute a pregiudizi politici ed economici, restarono in vigore fino alla vigilia della introduzione delle leggi francesi: nello Stato pontificio, nel Piemonte e nei Ducati non si ammettevano gli Ebrei a concorrere alle aste di immobili: nel Napoletano era data la preferenza agli abitanti del regno: nel Veneto facevasi obbligo ai condomini, ai confinanti e a quelli già iscritti nei ruoli delle imposte di con-

---

(1) Sulle forme e gli effetti del perpetuo silenzio v. CESARE MANENTI, *Decisiones sacri Senatus Mantuani*, Ven., 1622, nel II vol., pag. 362, ove sono i di lui consigli; e anche GOBIUS, *Consultationes decisivae*, Ven., 1684, dec. 51 a 54 e 112, che tratta delle gride e dei proclami di silenzio.

(2) Stat. di Amedeo VIII, 1423, c. 13; 1430, II, 175; Nuovi decreti, 1582, III, 37: « subito che essi pegni saranno levati, si attaccheranno le arme nostre ai muri delle case, possessioni, ecc. ». Stat. Canavisii, Azeglio, I, 173; Chivasso, 1306, II, 153; Lessolo, 1430, II, 432. Sopra questi penicelli, v. LATTES, *Parole e simboli*: *Wifa*, *Brandon*, Istituto Lombardo, serie II, vol. XXXIII.

Digitized by Google

correre alle aste e prendersi i beni, con disposizioni così rigidamente espresse: *nullus ipsa pignora sive bona emere possit nisi sit vicinus terrae et onera sustineat* (1). In Toscana dovettero leggi del 1679 e 1746 vietare le esecuzioni per debito civile per le somme minime (inferiori a L. 14) (2); e pare che non fosse ancor tramontato l'uso di rompere usci e finestre come preliminare di esecuzione (3): e nello stesso tempo si vietò procedere esecutivamente contro gli ascritti alla milizia (4). A Genova erano messe sulla stessa linea tanto l'esecuzione reale che la personale a scelta del creditore, osservandosi ancora una legge del 1595 (III, 6), cosicchè dopo di aver fatto arrestare il debitore, potevansi pretendere bandi ed aste per espropriazione. A Novara anche nel 1719 davasi facoltà di escutere tanto il fideiussore quanto il debitore (5): invece a Bologna (1735) era rigorosamente prescritto l'ordine delle esecuzioni, con facoltà al giudice di ridurre i pignoramenti secondo le circostanze. A Venezia dove la procedura svolgevasi davanti l'Esaminador di sequestri e boli, anche al sec. XVIII continuavasi nei riti antichi, cioè *stridor de vivi* e *stridor de morti*, *bolo* delle barche portando via il timone e le vele, e togliendo i sequestri o pagando o *per partita di leva* o *per pieggio* in forma di deposito.

A Fiume dei beni mobili, immobili, o affitti o livelli o crediti si faceva incanto, previa stima, sotto la loggia del Comune per tre domeniche: e si deliberava a colui il cui prezzo sorpassava i due terzi della stima; e se l'asta era deserta o nessuno offriva quel prezzo, allora il creditore era obbligato accettare l'immobile *in solutum*. Se il debitore aveva presentato beni di altri, era multato. Il prezzo dell'asta era consegnato al cancelliere del Comune (6). La facoltà di ricomprare era concessa all'espropriato per otto giorni. Se alcuno si opponeva alla vendita e allegava « ragioni migliori e più forti che il creditore, dopo che avrà giurato *de cal.* e assegnatogli un termine per provare » si ascoltava. Inoltre il debitore

(1) Stat. di Prata, 1361, c. 71; Pordenone, 1438, ed. Ven., 1755; Concordia, 1450, ed. DEGANI, 1882.

(2) CANTINI, XIX, pag. 127; XXV, pag. 298.

(3) Id., VI, pag. 12.

(4) Id., II, pag. 128.

(5) Stat. di Novara, II, pag. 123, 124.

(6) Statuti concessi al Comune di Fiume da Ferdinando I nel 1530, ed. S. GIGANTE, 1910, pag. 143-147.

Digitized by Google

doveva fare al compratore uno strumento di vendita entro quattro giorni dopo l'asta a spese comuni. Poi per tre domeniche il nuovo proprietario faceva proclamare che se alcuno avesse diritto su quei beni si presentasse. Le vendite agli incanti non pregiudicavano i padroni di case o terre pei fitti scaduti, gli operai per le loro mercedi. A Trento gli incanti si facevano pro forma e all'improvviso, anche senza bandi per obbligare il creditore a prendersi i beni a un quarto meno del prezzo di stima (Barbacovi): e gli espedienti per dare *in solutum* i beni del debitore sono comuni a tutte le leggi. In Sardegna erano esclusi dalle aste i baroni e i ministri della Corte, in virtù di Pramm. 1561 dettata dal fatto che questi con prepotenza aperta o con manovre subdole tenevano lontani i concorrenti. Nell'alta Italia gli statuti rurali differiscono da quelli della dominante per una maggiore semplicità nell'esecuzione a profitto della rapidità: scorso il termine del precetto, il podestà spediva il messo alla casa del debitore per procedere al sequestro e vendita dei mobili e subastare gli immobili per tre ottave; in caso di nullatenenza procedeva alla cattura.

Queste erano le linee comuni nei vari Stati: ma a questi difetti altri speciali a ciascuno si aggiungevano. Secondo le Costit. piemontesi 1770 ed estensi 1771, e secondo le leggi pontificie il creditore espropriante era costretto a fare un'offerta ed era esposto ad acquistare suo malgrado l'immobile del debitore; di che seguiva che se gli mancava il volere o il potere di fare l'acquisto, fosse ridotto all'inazione oppure a sacrificare il suo credito ai creditori meglio forniti di mezzi o di iniziativa (1). Nel Napoletano vi era il sistema della perizia preliminare all'incanto: sembrava più cauto ma intanto era sorgente inesausta di contestazioni, di dispendi, di indugi infiniti e finiva che, aperto l'incanto sul fondamento di un prezzo non offerto da alcuno, ove l'incanto rimanesse deserto, il creditore era costretto a ricevere *aliud pro alio*, cioè cose invece di denaro, e per di più cogli sconci della comunione forzata tra i creditori, colla necessità di ritentare la vendita.

(1) Le norme di esecuzione delle Costit. piemont. del 1770 riproducono quelle del 1729. Il modo normale di esecuzione immobiliare non era la vendita pubblica, bensì l'aggiudicazione al creditore e l'immissione nel possesso pignoratizio. La vendita si aveva nel giudizio universale di cessione di beni e di concorso; v. Galli, op. cit., pag. 178.

Digitized by Google

A tali difetti palesi si aggiungano gli occulti, quelli cioè derivanti dalla dottrina, che, ammessa una regola, la violava colle distinzioni e gli ampliamenti, e quelli tollerati da pratiche consuetudinarie varianti da luogo a luogo: ed erano la facoltà di appellare da tutte le sentenze pronunziate nei giudizi di esecuzione, la facilità di far sospendere le vendite per opposizione del debitore, di proporre in ogni tempo le eccezioni di nullità, di intervenire nel giudizio con pretesti di proprietà, usufrutto, servitù, e si riconoscerà che le critiche per quanto sommarie mosse da alcuni precursori come Muratori, Galanti, e specialmente da economisti, come Genovesi, erano fondate, e che aveva ragione Barbacovi quando scriveva che « il solo nome di tribunale delle subastazioni cagionava spavento ed orrore, come di spaventoso e tremendo giudizio, perchè porta rovina e sterminio del debitore » (*Progetto*, II, pag. 188).

43. Si è accennato alla esistenza di consuetudini locali in materia di esecuzione, accanto a quelle che, diremo, di diritto comune. Si avevano anche nel sec. XVIII procedure esecutive condotte nella forma di giudizio accelerato di cognizione, con un *mandatum de solvendo, cum clausola iustificativa* o *alla mano regia*. Era in uso negli Stati pontifici, vero giudizio sommario *sola veritate facti inspecta* (1). Più importante e più notevole era la procedura fiorentina del tocco detto dai giuristi *tactus* o *captura verbalis* (2). Il *tocco* si introdusse nel 1474, e consisteva nell'incarico dato dal giudice al messo di toccare con una verga il debitore contro cui era pronunciata sentenza di condanna: con ciò gli si intimava l'ordine di presentarsi in curia per giustificarsi della inobbedienza e pagare. Il tocco quindi faceva le veci dell'arresto. Se non si presentava o non pagava, si procedeva alla cattura, perchè era considerato cessante o fuggitivo *con le robe et pecunie d'altri*. Del *tocco* molto si occupa lo Statuto della Corte della Mercanzia di Firenze del 1585. Vi si ordina per es. che i toccatori debbano andare con chi ha dato loro commissioni; che non entrino in alcuna casa: *possin bene entrare et fare tali tocchi nelle*

(1) MENESTRINA, *Processo civ. nello Stato pontificio*, in *Riv. ital. d. scienze giurid.*, 1907, pag. 305.

(2) BONOLIS, *L'uso del tocco nelle esecuzioni personali nell'antico diritto fiorentino*; nell'*Archivio storico italiano*, 1901; v. PAULUS DE CASTRO e il TUSCHI, *Conclus.*, voce *captura*, concl. 73.

Digitized by Google

botteghe, osterie, scuole, alberghi, stufe, taverne o altri luoghi publici. Devono dire: *noi ti tocchiamo a stanza del tal*: e queste parole *contenghino l'effetto del comandamento*: e se non si può accostare per assentarsi o fuggire, pronuncino forte le parole ecc.

L'esecuzione per tocco è così descritta da Scaccia nel 1639: non vi è citazione e non si ascolta il debitore. *Ipse creditor dat satellitibus ordinem in scriptis ut suum debitorem gravent in bonis, et satellites gravant faciendo executionem super mobilibus: quam factam solent deponere apud tertium. Aut vult exequi personaliter et tunc tangunt, et in tactu requiruntur semper duo satellites quorum unus tangit et alter est praesens* (*De sententia*, pag. 328). Si potevano fare esecuzioni personali, senza venire al tocco, se erano presenti 12 *buoni homini*, contro forestieri sospetti di fuga, contro compagni institori, pigionali, fittaiuoli, servitori, cassieri: e col sospetto di fuga anche staggimento reale ancorchè non sia maturo il debito (CANTINI, XI, pag. 247, 253, 257). I *cessantes per viam tactus* potevano essere catturati, ma non subivano l'onta della pittura che usavasi fare nel palazzo della mercatura a vergogna dei falliti. Se il creditore voleva agire *iudicio tenutario* su immobili, occorreva l'intervento del giudice senza citazioni nè altri atti solenni. Questa era, conclude Scaccia, la *paratissima executio guarentigiae*. Il tocco fu abolito nel 1778 (CANTINI, XI, pag. 247).

§ 6. *L'esecuzione personale. L'arresto per debito.*

44. Se non vi sono beni, se nessuno si presenta come mallevadore, il creditore può rivalersi sulla persona: questa era pratica ereditata dal diritto romano, il quale intendeva sul creditore vivo. Ma nell'alto medio evo vi eran state pretese sul cadavere del debitore da parte del creditore insoddisfatto [1]; pretendevasi cioè esercitare su esso un sequestro giudiziario; e pare che tale offesa al morto e alla famiglia, di pretta barbarie, non fosse svanita al soffio della civiltà italica del sec. XIV: e si sarebbe anche accolta, se non l'avesse impedito il timore della peste. Lasciando da parte ciò che dicono i novellieri del trecento, vi sono i commentatori che ne parlano come di cosa possibile, sebbene la condannino: *cadaver debitoris non potest suspendi de sepultura, nec debet exu-*

[1] Vedi la parte I, pag. 365, nota 4, ove sono ricordate la Nov. LX di Giustiniano, le allusioni di Ambrogio e di Sidonio Apollinare.

Digitized by Google

mari (alla l. 12, § 3, Dig. XI, 7, *de religiosis*; e alla l. 11, Dig. XLVII, 12, *de sepulcro violato*): si condanna tale ingiuria se commessa con violenza e di privata autorità: ma si suppone possibile e lecita se ordinata da giudice. In questo senso è Bartolo, il quale commentando la Nov. 60 (Auth. collatio, V, tit. 13): *ut defuncti seu funera eorum non iniurientur a creditoribus*, riconosce esser vietata l'ingiuria ai morti, ai moribondi, alle loro cose e beni e famiglia *absque iudiciali decreto*. Quindi il giudice poteva accogliere domanda del creditore di non dar sepoltura al debitore defunto. E il come e il quando è detto da canonisti e da legisti: anzitutto contro l'usuraio: *corpus usurarii defuncti potest per episcopum sequestrari, quousque sui haeredes caveant de restituendis usuris*: così l'aretino Angelo dei Gambilioni che morì nel 1451 ed aggiunge contro la regola che la sepoltura non devesi negare ai debitori ad istanza dei creditori: *nisi stante statuto quod instrumenta habeant executionem paratam ad voluntatem creditorum* (1); ed allora contro tutti. E pare che la pretesa non fosse solo teorica: a Napoli si osava chiedere il sequestro del cadavere, sequestro che la M. Curia sempre negava: così si ha da una testimonianza del 1550 (2): e il riminese Matteo Bruno scriveva in quel tempo: *quamplura defunctorum corpora viderim in patria mea obtentum etiam nullo extante statuto* (3).

Se non rispettavansi i morti, si pensi con quanto rovello il creditore inveisse contro il debitore vivo ma deficiente di sostanza. Si sentiva frodato e il cuore gli si chiudeva alla pietà: onde il ricorso a rappresaglie d'ogni genere. In Istria gli suggellavano le porte della casa in modo che nè egli nè i suoi potessero uscirne od entrare; e ciò durò fino al 1636, quando i Veneziani promulgarono la seguente legge: È stato introdotto in diversi luoghi dell'Istria di far bollare per debito civile le porte delle case in modo che le persone dentro convengono starsene rinchiuse o se sono fuori non ardiscono entrare: il che segue un danno intollerabile dei poveri che sono costretti abbandonare le case e le proprie creature senza poterle sovvenire, dandosi alla dispera-

(1) *Comm. ad instit.*, Lugduni, 1536, ad Auth. cit., e ALEX. TARTAGNI, *Lecturae in Cod.*, XLIV, 24, de cadav. punitorum.

(2) TH. GRAMMATICUS, *Decisiones in S. R. Neap. consil.*, Ven., 1567, dec. 82.

(3) *Tract. de cessione bonorum*, Ven., 1575, qu. 3, n. 8, pag. 16.

Digitized by Google

zione... Per ciò nessuno venga per debito civile retento, mentre si trova nella propria abitazione.

45. Alle vendette private le leggi sostituirono il diritto del creditore di far carcerare il debitore insolvente, e tal sistema prevalse in Italia e durò fino al 1876; e fu l'arresto per debiti, che poteva essere convenzionale e giudiziario o necessario. Nel primo caso era pattuito al momento del contratto; nel secondo dopo sentenza. Alludono al primo le Consuet. friulane del 1366: *si quis masculus sponte et ex certa sententia in instrumento per eum contractum possit capi et detineri in carceribus quousque satisfecerit creditori.*

In questa legge parlasi di detenzione la quale deve essere sofferta nelle carceri pubbliche; però i Comuni preferendo le pene corporali e le pecuniarie, per non gravare i loro bilanci in pochi casi aprivano le carceri qual luogo di pena (1), e sembra che nei primi tempi non le concedessero per custodia dei debitori, i quali restavano in balia dei creditori, così verificandosi l'esercizio del carcere privato. Pare che questo fosse tollerato in alcuni luoghi di Toscana e Lombardia fino al sec. XIII (2). Azone lo constata e dichiara essere contro il diritto (3): Odofredo dice che l'arrestato per debiti deve chiudersi nelle carceri pubbliche (4). Nel duecento sono frequenti le pene contro chi detiene alcuno contro la volontà di lui, e nel senso di reazione contro consuetudini non infrequenti (5). Le carceri si aprono anche pei debitori, se lo chiede il creditore che si obbligherà alle spese di custodia e di alimenti. Così l'esecuzione personale diviene funzione della pubblica autorità, come il bando. In questa via erasi messo l'antico diritto veneto colla ricordata relegazione nell'isola di S. Marco;

---

(1) Ciò è ampiamente dimostrato dal BOHNE, *Die Freiheitstrafe in den italienische Stadtrechten des 12-13 Jahrh.*, 1922, I, pag. 98-153.

(2) Stat. di Cannobio, sec. XIII, civ. 38, 117; Como, 29: ammettono l'arresto se vi è *pactum expressum inter contrahentes de capiendo et detinendo*; LATTES, *Dir. commerc. negli Stat.*, 300; *Dir. consuet.*, 120.

(3) *Lecturae in Cod.*, IX, de privat. carcer. inhib., pag. 887.

(4) *Lecturae in Cod.*, qui bon. cedere poss., VII, 71, vol. II, pag. 135. Gloss., ad. l. 1 Cod., de priv. carc. inhib., IX, 5.

(5) Stat. di Cremona, 1387, 99; Bergamo, 1491, 167; Alessandria, 1297, f. 97: de privato carcere non faciendo: *et intelligatur commisisse priv. carc. si per 10 horas aliquem tenuerit contra voluntatem suam*; Firenze, 1321, III, 11; Roma, 1363, II, 27; Milano, 1480, I, pag. 8.

Digitized by Google

e così le leggi mercantili di Piacenza del 1200 (1), di Genova del 1228 (2), le pisane, pistoiesi, padovane tutte del duecento (3) e le sassaresi (4): e più tardi quelle di Trieste, Pola, Fiume, Parenzo, Rovigno, Cittanova d'Istria (5). Nel 1357 le Costit. egidiane consacravano *quod nullus audeat aliquem carcerare... nisi fiat hoc ad mandatum rectoris* (lib. IV, 5, ed. Sella, pag. 145) e punivano pel carcere privato anche per un giorno (IV, 39, pag. 183).

Siccome il carcere era inteso, come si dirà, qual espediente di coazione, a guisa di altre misure applicate *per taedium*, così si comprende perchè alcune leggi concedessero al creditore la scelta fra esecuzione reale o personale sempre, incondizionatamente: *habeat electionem petendi executionem in bonis debitoris vel faciendi debitorem capi vel detineri, et una via electa sibi in altera non praeiudicet* (6): e come altre leggi l'arresto ponessero in facoltà del creditore il quale poteva rinunziare: *si in persona creditor executionem elegerit* deve far noto ciò al giudice, che *eo instante* farà catturare il debitore (Ferrara, 1567, II, 73) e trattenerlo *nisi solverit debitum vel nisi creditori placuerit* (Perugia, 1423, II, 29).

Tale sistema combattuto dagli insegnamenti romani e canonici, non si estese e anzi tramontò, per dar luogo all'altro in cui l'arresto è sussidiario, in mancanza di beni o quando il debitore si oppone a rilasciare i beni aggiudicati (Amedeo VIII, ed. Buraggi, c. 13: *Decreta* del Piem., 1420, II, 171, 172). Nè ciò bastava, richiedendosi sovente anche il *iur. manifestationis*. Allora solo, dopo 3 o 5 giorni, concessi per cercare un mallevadore che si assumesse il pagamento, il giudice citava e ordinava la cattura (7). Malgrado che il diritto canonico vietasse trattenere *homo liber pro*

---

(1) Stat. civ. Placentiae, c. 370 (ed. 1860, pag. 100) e le aggiunte del 1263, c. 399, 459.

(2) Liber iurium reip. Januens., I, 611.

(3) Breve pisan. com., 1286, r. 117, ed. BONAINI, pag. 223; Breve com. Pistor., ed. ZDEKAUER, I, 102; II, 97; Stat. Padova, pag. 163.

(4) C. 9: « Et si deppitore non aet aver de itteu pothat pacare... procedat si contra isse in persone, ponendelu in sa presione fina ad quo su deppitu aet pacare... Sa femina deppitrice se non può pagare det si adservire ».

(5) Stat. di Parenzo, ed. KANDLER, 1846, II, c. 30; Rovigno, 1531, ediz. 1851, c. 16; Cittanova d'Istria, 1450, ed. 1851, IV, c. 15.

(6) Stat. di Bologna, 1245, III, 32; Ferrara, II, 73; Rovigo, II, 107.

(7) Stat. citati: Belluno, II, 94.

Digitized by Google

debito etsi res defuerint (c. 2, X, II, 21), la pratica italiana si attenne al *detrudere in carcerem* l'insolvente: l'attesta un giurista del sec. XIII (m. 1243): *hodie fit in Lombardia* (1); e i giuristi preferivano l'arresto al bando (2).

L'arresto veniva ordinato dal giudice ed eseguito dal messo dopo che si era constatata la nullatenenza del debitore o il non soddisfacimento dopo la vendita dei pegni (3): e il giudice non poteva ordinarlo *ante causae cognitionem* e poi la sentenza dovea esser passata in cosa giudicata, salvo che, come si esprimevano i vecchi decreti sabaudo-piemontesi (Sola, pag. 215) non si trattasse di scomunicato del quale il vescovo chiedesse arresto (e ciò naturalmente non si riferisce a causa civile) o di debitore sospetto di fuga, e ciò riguarda le già descritte misure preventive.

46. Spira nella legislazione italiana un'aria piuttosto benevola verso i debitori che non possono pagare. Si è detto che il diritto canonico non voleva molestata la persona per pretese a beni materiali connesse (c. 2, X, *de pignor.*, III, 22): tutte le ricchezze del mondo pesano meno della persona umana: quindi *homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint quae possint pro debito addici*. La Glossa però osservava: ciò è vero *si cedat bonis*; *alias in Carcere detineatur*: e così intese la dottrina comune, sebbene non manchino rigoristi per es. l'Ostiense assolutamente e sempre contrario all'arresto, e con lui altri canonisti: *pro debito civili captura prohibita est de iure comuni nisi crimen sit adnexum* (4). Alle quali parole non furono sordi i legislatori: o fossero al potere i popolani o corressero momenti di crisi monetarie, vennero pei debitori giubilei almeno col divieto di catturarli. Non solo a Padova fu in permanenza osservato lo Statuto di Sant'Antonio (n. 551,

(1) ROFFREDUS, *Ordo iudiciarius*, rubr. de offic. iudicis, Lugd., 1561, pag. 383.

(2) TANCREDUS, III, 3; DURANTIS, II, de execut. sent.; CYNUS, ad l. 12, Cod. de oblig. et act., IV, 10; BARTOLUS, ad. l. 2, Dig., de cond. et demon., XXXV, 1 e nel *Tract. de carceribus*, 1552.

(3) Stat. di Trento, 56, ed. GAR.; di Parma, 1590, II, pag. 73, 79; Bologna, 1515, II, 40; Castro Arquate, II, 86; Stat. Canavisii, Lessola, 1430, II, 446; Belluno, 1747, II, 70; Brescello, 1697, II, c. 18; Volterra, 1463, ed. CINCI, 1876, pag. 160; Vigevano, 1608, pag. 106; Reggio, 1582, II, 39; Ferrara, II, 76.

(4) INNOCENTIUS IV, *Super Decret.*, c. 2, X, de pignor., III, 2; c. gravis, X, de depos., III, 16; ANT. DE BUTRIO, agli stessi canoni; PAULUS DE CASTRO, *Consilia*, 37.

Digitized by Google

pag. 178): *quod nullus de debito teneatur in carceribus si voluerit renuntiare bonis suis*: che così salvava i nullatenenti: ma si hanno altri statuti che sanciscono norma più ampia: *nullus personaliter potest capi pro aliquo debito privato*; la cattura essendo riservata nel caso *de maleficio* (Dervio e Corenno, 1589, c. 39): e così leggesi negli statuti di Modena, Frignano, Piacenza, Pavia, Lodi, Brescia, Lucca, ecc. (1). Misura permanente? Non oseremo dirlo: anzi lo si può escludere perchè in redazioni posteriori l'arresto è ammesso. Si deve trattare piuttosto di provvedimenti eccezionali dovuti a fatti politici, a prevalenze di classi e interessi speciali, oppure a generosi condoni ispirati dalle predicazioni francescane, che nel debitore vedevano una vittima degli usurai (2) o dovuti alle frequenti crisi economiche per guerre, pesti e carestie.

Certo quello che a Padova dicevasi beneficio per lo statuto di S. Antonio, era regola comune nelle città italiane, cioè la cessione liberava dal carcere: e anzi generalmente disponevasi che il debitore fosse tenuto in carcere finchè non si decidesse a subire l'ignominiosa pubblica cessione (Verona, 1747, II, 61), la quale, fatta senza prima aver varcato le soglie del carcere, non valesse (id., c. 184). Qualunque fosse l'ammontare del debito, il cedente usciva dal carcere, rinunziando ai beni: e fanno eccezione alla regola quei pochi statuti (Biandrate, c. 6, pag. 7) che volevano fosse trattenuto in carcere colui che pur facendo cessione non riusciva a soddisfare tutti i creditori.

Bastava presentare un mallevadore per sfuggire al carcere (3); e se nell'obbligazione vi era fideiussore, questi prima doveva escutersi pel *beneficium ordinis*. Le leggi pietose verso gli insolventi non lo erano però se trattavasi di crediti del fisco, di cessioni fraudolente, di povertà allegata per negare gli alimenti (Como), di pigioni di case e fitti di terre (Brescia, 1429, p. 145 e segg.).

---

(1) Stat. di Modena, 1327, III, 12; Frignano, III, 21; Rovereto, ed. Gar., 1859, c. 22; Lucca, II, 113, 147, 123; Piacenza, 1392, III, 59; Pavia, II, 154; Lodi, 151; Brescia, III, 125.

(2) Vedi le prediche di S. Berdardino da Siena e di S. Antonio vescovo di Firenze. Provvedimento contro gli usurai che ricorda quelli di Sicilia e di altre terre, è quello che leggesi negli Statuti di Ascoli del 1387, lib. I. 74: tucti et singuli usurarj de la ciptà de Ascoli siano tenuti dare le cartuccie a tucti li quali tolle alicuno pigno.

(3) Stat. di Pola, II, 2; Pesaro, II, 27; Cremona, 1578, c. 265; Lugo, 1652, II, 25; Carpi, 1353, ed. 1857, pag. 8; Lucca, 1539, II, 20; Stat. Canavisii, Azeglio, I, 180; Barbania, I, 316, 331; Caluso, 1510, II, 6.

Digitized by Google

Il creditore doveva assumersi le spese del mantenimento del debitore in carcere: è una soddisfazione o rappresaglia che va pagata. Per questo carcerato non giova la carità privata. Si fondava tale obbligo sul diritto comune. Ogni decade si anticipava la spesa, altrimenti si aprivan le porte del carcere (1); ma prima citavansi i consanguinei del creditore, come dice lo Stat. di Gaeta, 1750 (IV, 186) che entro due giorni dovevan rispondere. Il detto statuto vi aggiunge la condizione: *si debitor non possit per se alere*: ma era appunto carcerato perchè non aveva beni. A Napoli era uso inviare il debitore infermo a causa del creditore: *asportetur in domum creditoris et illum curet suis expensis* (2). Vi era a sufficienza per far sì che l'arresto fosse piuttosto scritto nelle leggi che praticato. I giuristi tendevano a ridurlo ai casi di dolo e a liberare il vero povero carico di famiglia, compassionevole per pubbliche calamità (3). Antica regola proibiva di entrare nella casa del debitore per arrestarlo (4) e poi di non trattenerlo in carcere oltre un anno, e lo Stat. di Ravenna del 1590 (IV, 17, f. 75) riduceva il carcere a 6 mesi, se il debitore era povero.

47. L'arresto era vietato pei piccoli debiti, per quelli nati da somministrazione di alimenti, *cibi et potus* (Pesaro, 1531, II, 27), contro i serventi del Comune (Laghi di Como e Lugano, sec. XIII, 1913, c. 128), in cause promosse da chierici (Reggio, 1582, II, 39). A Pola solo il *forensis sustineatur pro debito* e per qualunque somma e causa: però possedendo immobili entro città, questi *intromittantur et vendantur*; e allora niente arresto (ed. Benussi, 1911, II, 10, 11, an. 1367). Breve è l'elenco dei debiti a cui non poteva seguire arresto e delle persone eccettuate. Ai primi si riferiscono poche leggi, anzi in contrasto col diritto comune e la pratica generale: tale è il caso della legge bresciana del 1470 (ed. 1557, II, 125) che vietava arresto per debito mercantile, di altra piacentina (III, 51) e milanese del 1535 (167) per causa di deposito, della stessa milanese (494) per violazione di servizio: quest'ultima disposizione era correlativa al potere

(1) Stat. Caluso, II, 6.

(2) DE LIGUORI, *Guida per lo stile, ossia pratica civile*, Napoli, 1756, pag. 24.

(3) GASPARIS BEATUS, *De debitore inope*, in *Tract. univ. iuris*, III, 2, pag. 204; CASTAGNA, *De beneficio deducto ne egeat*, Palermo, 1616; Roma, 1659 (assieme a Beato); BALDUS, in *Durantis addit.*, IV, de exec. sent.

(4) BALDUS, in l. haeres absens, 19, Dig., de iudiciis V, 1.

Digitized by Google

di disciplina che le leggi accordavano al padrone che era impunito *si verberaverit fantem famulum discipulum operarium quem alit vestit calciat dummodo hoc fiat moderate etiamsi sanguis inde exierit!* (1).

In quanto alle persone erano esenti dall'arresto le donne oneste e non esercenti locanda (2), i genitori pei debiti dei figli, i pubblici funzionari di grado superiore, i dottori colle mogli e i figli, i minori di 18 anni, i vecchi oltre i 70 anni (3), a Forlì (II, 33) i nobili; i cristiani per debito con ebreo; nessuno, naturale o forestiero, che portasse in città merci e specie vettovaglie; Lucca però faceva tale concessione qualora fossero le vettovaglie in quantità rilevante, che lo Statuto (1308, I, 39) così precisa: non meno di 4 staia di grano, o 10 porci o altri generi per valore non inferiore a 100 soldi: in questo caso libero ingresso e mai rappresaglie (4). E più tardi (Lucca, 1539, I, 116) negò l'esenzione agli usurai manifesti. Asilo ai debitori davano i *borghi franchi*: asilo ai debitori concedevano le città se *forenses venientes de novo ad habitandum* (Pesaro, 1530, II, 28), e lo stesso privilegio agli studenti, allo scopo di attirare i *clerici vagantes* negli studi di nuova fondazione (5). Non si poteva arrestare in chiesa, in casa, nei giorni di festa, nella settimana santa ed a Natale, dopo il suono del coprifuoco e dell'Ave Maria: e mai nei mercati. In tutti i casi Pio IV volle che prima di incarcerare, il giudice proponesse un accomodamento.

48. L'arresto non era minacciato e inflitto a scopo di pena, perchè *carcer non ad poenam inductus est sed ad custodiam* (6), ma per costringere il debitore o a rivelare i beni celati o per indurre il pa-

(1) Stat. di Ravenna, 1213, 151; Viterbo, 1251, IV, 17: *moderate, quod non occidat rei, os non frangat et membrum non abscindat*; BOHNE, II, 195.

(2) Stat. di Piacenza, 1391, ed. 1860, pag. 286; Pesaro, 1531, II, 30.

(3) BARTOLUS, *Tract. de carceribus*, Ven., 1585, qu. 2. In Sicilia così per Pramm. 1535, 2, tit. 31, tomo III, Cesine; ma Carlo III, 1747, non perdonò ai vecchi forti e robusti: *Sic. sanctiones*, IV, 388.

(4) Stat. di Brescia, 1313, III, 105: *quod conducentes victualia non possint detineri*; Modena, 1545, II, 99; BOHNE, II, 233. Sulle esenzioni dalle rappresaglie vedi DEL VECCHIO, CASANOVA, SALVIOLI, AZZI, ROBERTI, BIZZARI, citati a pag. 644.

(5) Stat. di Vercelli: ognuno possa venire a studiare *non obstantibus represaliis et contraccambiis*; Novara, 1582, I, pag. 31.

(6) Stat. di Perugia, 1423, I, 86; Cesena, 1494, II, pag. 149; Reggio, 1480, VII, 11.

Digitized by Google

rentado a farsi mallevadore del pagamento. Fino a tutto il secolo XVI la detenzione nelle carceri eccezionalmente era pena, e piuttosto infliggevasi allo scopo di *compellere ad solvendum, ad testificandum*, ecc., di impedire la fuga, di sottrarre il reo alle vendette degli offesi (1): e contro il debitore era mezzo di coazione (2), come lo era il confine (3); e a suo vantaggio era *tutissimum refugium* per salvarlo dalle molestie minacciategli dal creditore. Se riesciva a trovare mallevadore, immediatamente doveva esser liberato, e qual regola generale da applicarsi tanto al criminale che al civile vigeva la seguente: *qui fideiussores dare possunt non incarcerentur* (4). Lo stesso fatto che il creditore era tenuto a somministrare il vitto al debitore carcerato, conferma il carattere cauzionale di tale detenzione, carattere che mantenne anche nei tempi moderni, che le fu proprio fino al giorno in cui l'arresto per debiti fu abolito. Nell'Umbria anzi e a Gaeta (Stat. 1750, IV, 186) il suddetto carattere risulta dal fatto che il debitore era trattenuto nel palazzo del Comune (5) che nello stesso tempo era luogo di asilo (6), come a Venezia nell'isola di S. Marco (vedi retro, pag. 679), nel Modenese *in logia* (Carpi, 1353), e così a Todi: — in *custodia honesta* (Assisi), per 5 giorni dopo che era stato respinto l'appello per dargli tempo a trovare mallevadori: e se nessuno accorreva in suo aiuto, segno era di sua fama pessima, di notorio abito a frodare. Tuttavia nemmeno assimilati ai delinquenti erano tali debitori abbandonati da tutti, perchè dovendo entrare in carcere non eran chiusi nelle carceri comuni ma in separate: *forbanniti pro debitis qui detenti fuerint, non ponantur in eodem carcere cum illis qui pro maleficiis et furtis detinentur* (Padova, 1236, c. 548) — *mali debitores non ponantur cum latronibus et malefactoribus* (Parma, 1242, I, pag. 76). Oppure erano rinchiusi con quelli *capti et detenti pro levibus excessibus* (Lucca,

(1) PERTILE, V, pag. 279; BOHNE, I, pag. 35 e segg., 98-153.

(2) Stat. di Modena, 1327, IV, 8; Firenze, 1321, ed. CAGGESE, II, 25; II, 25; III, tract. de cessantibus et fugitivis.

(3) Stat. di Pistoia, 1284, II, 89, 159.

(4) Const. r. Sic., II, 10; Parma, 1316, III, 207; a Padova per il citato statuto di S. Antonio.

(5) Stat. di Perugia, 1423, II, 29; Assisi, 1469, II, 11; Spoleto, 1543, III, 33; BAUMGART, 248; BOHNE, II, 160.

(6) Stat. di Pistoia, 1296, II, 48; 1579, II, 35: *nullus pro debito civili capi possit in palatio Priorum.*

Digitized by Google

1539, III, 54). È sempre *custodia honesta*: *honestius* deve essere arrestato, *honestius et magis secrete* condotto al carcere e custodito in tal modo da poter trattare col creditore per venire ad accordi (1). Più tardi nel sec. XVI a Venezia si introdusse l'espediente dell'arresto in casa, e una legge del 1557 dispose che *li debitori si de maiori come de minori per debiti civili possino uscir di casa e non esser ritenuti giorni otto avanti Natale e Pasqua* (2). L'arresto in Sardegna era nelle carceri pubbliche, purchè il debito superasse i 5 soldi: le spese a carico del creditore, che *siat tenuda dare as depidore detemptu ogni die denaris* 4 *pro sa vida sua* (3).

49. L'arresto fu mantenuto nei codici del sec. XVIII (Piemonte, di Carlo Eman., 1770; estense, 1773): ma in Toscana Pietro Leopoldo l'abolì, « considerando quanto sia repugnante per la misera condizione dei debitori resi insolventi », e lo mantenne solo pei debiti provenienti da mercatura, lettere di cambio, accomandite, assicurazioni, noleggi, polizze di carico, ecc. In vero la legislazione toscana fin dal 1679 aveva vietato di carcerare per debiti non superiori a L. 14 (4), e nel 1589 aveva imposto al creditore di pagare 6 quattrini al giorno al carceriere pel mantenimento del debitore, il quale altrimenti era messo in libertà (5): poi aveva dichiarato Livorno piazza franca pei debitori insolventi (6). I codici posteriori al 1815 lo conservarono, limitando però l'arresto a un anno: che se i debiti eran con dolo, poteva arrivare fino a 5 anni (Cod. parmense e lomb.-veneto). Anche il Cod. estense l'inflisse solo in pochi casi; e in Toscana era accordato solo per obbligazioni nascenti da delitti o quasi, e contro pignoratari e depositari rifiutantisi a restituire (su queste leggi vedi il capo XVII).

---

(1) Stat. di Lucca, 1539, III, 54; Ferrara, 1567, III, 73.

(2) Leggi crimin. del dominio veneto, 1751, pag. 17.

(3) Stat. di Castelgenovese, ed. ZIROLIA, 58, 61.

(4) CANTINI, XXVII, pag. 210; XIX, pag. 127, an. 1758. Però i debitori del Monte di Pietà andavano in carcere qualunque fosse il debito: XIX, pag. 187.

(5) Id., XII, pag. 192.

(6) Id., XIII, pag. 271, an. 1691.

Digitized by Google

§ 7. *La cessione dei beni.*

50. Per sfuggire al carcere il debitore doveva spogliarsi di tutti i beni *usque ad sacculum et peram*, dice la Glossa, prestare il *iur. manifestationis*, e conservare solo una veste *et panicularia quae nuditatem comperiunt*, quella veste che, dice Maranta, nemmeno si toglieva a chi andava al supplizio (1). Solo non sia spogliato delle vesti che ha indosso, aveva insegnato Bartolo (l. 6, Dig. *de bonis damn.*, XLVIII, 20), ma non si deduca, *ne egeat*, tanto che sia costretto a mendicare. Così il debitore liberavasi dai suoi impegni (2). La *cessio bonorum* era pratica romana, ed è probabile che sia continuata attraverso il medio evo e che i riti che l'accompagnarono nell'epoca comunale, abbiano un'origine più antica, cioè siano stati praticati anche quando il diritto romano riteneva sufficiente cedere i beni con parole o *per nuntium vel per epistolam* e senza infamia. Invece in tutt'Italia fin dal sec. XII le leggi comunali ci mostrano che la cessione era atto pubblico compiuto in maniera ridicola anzi vituperevole, *per actum vituperosum* (3), e così si usò fino ai tempi moderni, col vantaggio, diceva Bartolo (l. 1, Dig. XLII, 3) di essere franco dal carcere se non dal debito (4). E così infatti dichiarava lo Stat. di Piacenza (III, 51): *si quis fuerit detentus occasione depositi et steterit propterea in carceribus per 3 menses et si postea paratus fuerit cum effectu cedere bonis suis et cedat, non possit ulterius detineri.* Dunque prima l'arresto, la detenzione per tre mesi, poi il *iur. manifestationis* (Viterbo, II, 50; Verona, II, 61), infine la *cessio bonorum praeter utensilia coquinae et pannos quos portet in dorso* (Como, 1281, r. 246), ai quali i giuristi aggiunsero come eccettuati i libri degli scolari e il breviario dei chierici. Tutto dunque cedere, e se

(1) VI, de execut. sent., 3, actus, pag. 546.

(2) Dalla Gloss., l. 60, Dig., XLVI, 1, da Bartolo, l. 10, Cod. de iuris et facti, I, 18 e da Baldo nelle aggiunte a Durante, II, de cession. act., si discute se sopraviva alla cessione un'obbligazione civile o naturale.

(3) La più antica menzione è in uno Stat. di Como del 1202 e nelle Consuet. di Milano che ricordano uno Stat. del 1215.

(4) Secondo Baldo la cessione non competeva ai debitori *ex guarentigia*, cioè per strumento notarile, che andavan carcerati: in l. 1, Cod. qui bonis cedere possunt, VII, 71. Così anche ANGELO ARET. DE GAMBILIONIBUS, l. 2, Cod. de exactor. tribut., X, 19.

Digitized by Google

qualche sostanza era celata in frode dei creditori, vi erano multe e carcere (1).

Poichè la cessione era *subsidium miserorum non praesidium dolosorum*, così non era accordata ai mercanti falliti, ai giocatori, ai dilapidatori dolosi, ai debitori del fisco, i quali dovevan subire il carcere. In quanto ai dottori (che dopo 20 anni di lettura *in studiis* divengon conti!: così Bruno) Bartolo faceva distinzione fra quelli *actu legentes in studiis approbatis* e *advocationem exercentes* col privilegio *nec capi nec carcerari* e non ammessi a cessione *nisi in quantum facere possent deducto ne egeant*: e i dottori solo di nome senza privilegi di sorta. Se la pratica ignominiosa non fu generale in tutta Italia, certo fu molto diffusa e persistente dalle Alpi in Sicilia (2). Odofredo ne fa precisa e minuta descrizione (3) e così Cino da Pistoia. Essi trovavano giusto che questo debitore insolvente andasse *nudus et discalciatus* o, come dicono gli statuti, *depositis vestimentis* sulla pubblica piazza, ove dopo di avergli gettato tre secchi d'acqua sulla testa, era posto a sedere su una pietra alta 3 o 4 piedi, in mezzo alla piazza o vicino alla torre, detta la pietra del disonore, qui stesse a far mostra di sè per una intera giornata, dopo di avere per tre volte dato del sedere sulla pietra, gridando: *cedo bonis*. È questa l'ignominiosa cessione imposta dalle Consuet. di Milano del 1216, di Como del 1231, di Bergamo del sec. XIII (4): nelle quali il rito è così descritto: chi vuol far

(1) Stat. di Verona, II, 62; Bergamo, sec. XIII, X, 40; 1333, fogl. 32; 1491, III, 35; LATTES, 315; *Dir. consuet.*, pag. 123. Bartolo scriveva che se il cedente *unicum denarium sibi reservaret, cessio non valeret*: l. fin., Cod., VII, 71. Anche BRUNO M. (*Tract. de cessione bonor.*, Ven., 1567, pag. 30) vuole che non gli sia lasciato *unus minimus denarius*. Ma anche per influenza dei canonisti tale opinione non prevalse, chè si usava lasciargli gli utensili necessari; v. GAITUS, *De credito*, c. IV, n. 115 e segg.

(2) GIULINI, *Leggi riguardanti i falliti*, in *Arch. stor. lomb.*, III; id., *Storia di Milano*, lib. XLIX; *Memoria sui pietroni e la pietra arringadora*, Modena, 1864; GLORIA, *Pietra del vituperio a Padova*; CORTE, *Storia di Verona*, I, 526; FLANDINA, *Leggi sui debitori in Sicilia*, in *Arch. stor. sicil.*, X, 112; DI GIOVANNI, *Arch. per lo studio delle tradizioni popolari*, IV, 825; RESASCO *Diz. voc. ammin.*, voce *Acculatata, Petrone*; LATTES, *Dir. comm.*, 314.

(3) l. omni cessione, Cod., VII, 71; e così la Glossa alle Istituzioni *de actionibus*, in verb. *ex integro*; WACH, op. cit.; TAMASSIA, *Odofredo*, in *Atti deput. storia patria di Romagna*, 1894, XII, pag. 337.

(4) Cons. mediolan., 1216, c. 3; Como, 1281, 207, 245; 1335, III, 4; 1458, IV, 12, 13.

Digitized by Google

cessione si tolga i vestiti e le scarpe, salvo camicia e braghetta, e nell'arengo, in piazza, convocato il popolo a suon di campana, *brachis ab ano depressis det cum ipso ano nudo* tre volte sul pietrone. A Milano il podestà nella pubblica concione annunciava: *talis vult cedere bonis*: e allora questi saliva in luogo eminente, e svestitosi diceva: *cedo bonis ter et cum capite posteriore percutit lapidem et tunc omnes clamant contra eum* che ne riporta infamia *facti* non *iuris* (1). A Como era prescritto: *debitor non possit exire de banno nisi prius solverit totum debitum... vel nisi se concusserit seu crolaverit super lapidem super quo concionatur in camicia et non cum sarabula et ter et quater dederit de cullo et steterit et crolaverit secundum formam statuti* (201). Lo stesso statuto di Como (245) aggiungeva: *si aliter fecerit, nullius momenti sit cessio sed banniatur*. A Roma cotal scena svolgevasi in Campidoglio sul dorso del leone, voltando le terga al pubblico, e a Padova, ove la cessione era accordata per lo Statuto di S. Antonio, volevasi che tal pubblico fosse composto almeno di cento persone (c. 552, an. 1261). Nè diversamente era a Parma, Monza, a Casale, a Cremona per statuti del sec. XIII e XIV (2). A Siena il cedente era posto per tre giorni di seguito in camicia sul pietrone, e lì stava da mane a sera. A Bari si sedeva sul leone sorgente nella piazza mercantile (3). Ad Amalfi si davano ai cedenti *linteamen et pectem et pectinant caput suum sedendo in terra et dicunt*: *cedo bonis*; il che mal tollerava Roffredo di Benevento: *non desideratur solemnitas in cessione facienda* (4); a Sorrento ed a Benevento si infliggevano le stesse pratiche infamanti (5). Nè bastava l'atto sul pietrone, perchè il cedente *per cavaleriam, famulos et nuntios* era condotto in giro per la città e i luoghi pubblici frequentati *et sono tube proclametur ipse cedens fecit cessionem*, ecc., *et declaretur in ipsa chrida se non posse esse testis nec posse testari nec iuramentum subire* (6).

Non fu punizione di tempi più feroci e men leggiadri, che l'eb-

(1) La ricorda per Milano anche BALDO, *Consilia*, lib. V, cons. 301.

(2) Stat. di Casale, *Mon. h. patr.*, 986; Monza, id., 41; Cremona, 1388, id., 369; Parma, 1255, pag. 71; SALIMBENE, *Chron. parmense*, an. 1248, in MURATORI, *RISS.*

(3) SPARANUS, *de cess. bon.*; MASSA, *Consuet. di Bari*, 1903, pag. 137.

(4) ROFFREDUS, an. 1243, *Ordo iudiciarius*, 1561, pag. 384.

(5) Consuet. di Sorrento, 1717, c. 36; Stat. di Benevento, II, 79.

(6) Stat. Canavisii, Chivasso, II, 250.

Digitized by Google

bero Osimo e Rimini dal 300 al 600 (1), Firenze nel XV, Modena nel XVI, e qui la *pietra arringadora* posta alla base della Ghirlandina (e lì stava ai primi anni del sec. XX) ungevasi con trementina (2). E la cerimonia sul pietrone era piacevole spettacolo al popolo, chiamato a suon di trombe a vedere l'*expoliatus* sulla berlina (Rimini, Salò). Nel giorno di mercato si compiva a Civitavecchia la cessione: tale volente renunciare a li beni deve uscire de la sala del palazzo del Comune et ire sino a la piaza del peso e deve andare nante li trebiatori sonando colle trombe intanto che nudo con le natiche, dica tre fiate *cedo bonis* che vale renuntio et do luogo a li miei beni, percotendo le dette natiche così nude fortemente nella pietra ». Il rito è osservato letteralmente come pel passato, nel 1697, a Brescello: *in medio plateae se spoliare teneatur ipse cedens in camisia et cuffia seu oveta tantum in capite*: e il banditore gridava: ritrobandosi qui in loco publico nel mezzo di piazza di Briscello il tale per voler cedere i suoi beni, esso fa chiamare tutti li soi creditori, significandoli che se a loro piace di essere pagati lo vengano a veder numerare li soi debiti con le nate... in su la pietra: *et ipse cedens percutiendo lapidem natibus ter dicat alta voce: cedo bonis* (II, 19). Nè diversamente nei riformati stat. di Padova del 1682 (III, 2) e di Verona (1747, III, 61), ove al sec. XVIII, dopo che la campana del Comune aveva squillato da mane a sera, il cedente *coram publico percutiat de naticis super lapidem*, dicendo: *mangiai e birbai e di questo vi pago*. Nelle Comunità della Riviera del Lago di Garda la cessione si compì fino al 1594 per atto notarile, ma tante erano le cessioni che si cercò reprimerle obbligando i cedenti all'atto di vituperio (Lattes, id.).

Fu praticata a Nizza *secundum formam iuris et statutorum ducalium*, e in tutto il Piemonte (3): e così a Feltre, 1749 (III, r. 34, pag. 171), Pavia, 1590 (r. 64, pag. 87), Gubbio (II, r. 75). A Reggio

(1) Stat. di Rimini, 1334, pag. 25; BRUNO, pag. 150, ricorda lo Stat. riminese, III, *de cessione bon.*, secondo il quale la cessione poteva farsi anche se ad essa erasi rinunziato per patto giurato, preferendo andare carcerato.

(2) Stat. di Rimini; Milano, 1498, c. 408; Firenze, 1415; *Tractatus de cessantibus et fugitivis*, vol. I, pag. 517, 521; Stat. Canavisii, Chivasso, 1500, II, 250; Modena, 1545, II, 47; Osimo, 1370, V, 147.

(3) Così THESAURUS, *Decis. pedemont.*, 37. Per Nizza vedi in *Mon. hist. patr. Leges*, pag. 226.

Digitized by Google

E. (VII, r. 17, f. 299) il cedente era trattato come il condannato all'estremo supplizio: *expolietur in camisia et pulsetur ter arrengum Com. cum campanis quemadmodum si fieret corporalis executio, et per notarium et tubatorem publicetur ad arrengheriam, Potestate et vicario sedentibus pro tribunali qualiter talis cedit: et cedens sit praesens in platea ad berlinam in conspectu populi de die, in camisia et sine caputeo, manibus ligatis, ducatur tribus vicibus per plateam et per loca confinia cum tamburino semper pulsando modo executionis corporalis; deinde ducatur ad berlinam et super lapidem*, ecc.

Per restare nell'Italia settentrionale e centrale vanno notate le leggi concedenti il beneficio della stessa cessione ignominiosa solo quando si era passato alcun tempo in carcere e come mezzo per uscirne: e in carcere e in pene corporali, quali la fustigazione e la galera, incorreva chi fosse colto senza il berretto verde o giallo che dovevano portare i falliti e quelli che avevan fatto pubblica e ignominiosa cessione di beni (1).

51. Intanto non mancavan città riluttanti a tali procedure, come Pistoia, il cui stat. del 1296 (II, 82) disponendo *de cessione bonorum non admittenda*, dichiara: *nulla persona cedat bonis suis: et si cederet non valeat cessio*: e anche le cessioni fatte pel passato *non excusent*: il che doveva significare l'arresto anzitutto. E un secolo prima a Brescia si era ordinata la cessione in pubblico ma senza il vituperio: e lo stesso disponevano gli statuti di Piacenza (1336, III, 51), di Pavia (1393, 64) (2), di Pesaro (1531, II, 25), di Genova (1589, IV, 7). A Urbino (II, 47) non vi era la scena sul pietrone, bastando che il debitore si presentasse alle autorità e per tre volte ripetesse le parole: *volo cedere bonis*: e così a Cremona (1578, r. 370, pag. 113) ove al cedente facevasi *tangere staziam cum manibus tribus vicibus dicendo alta voce cedo bonis*. A Lodi (1586, c. 236) le cessioni facevansi *in concione publica* montando sul banco e restando in piedi senza cappello e veste eccetto vestito e toga per essere da tutti veduto. La cessione era scritta in libro nero; il cedente era privato di ogni onore e beneficio del Comune (c. 217, 220): e la legge aggiungeva: niuna

(1) Lo Stat. di Vercelli, 158, 170, ordinava la cessione degli stessi beni feudali che si avevano in usufrutto, dei beni acquistati dai figli non prima emancipati e dalle figlie nubili.

(2) Negli stat. di Pavia del 1505, II, 64, si parla *de cessione fienda super lapide Comunis*.

Digitized by Google

cessione valga fatta da forense contro cittadino (c. 249). A Ferrara non è cenno del rito ignominioso (1567, II, r. 134): solo per fuggire il carcere e cedere richiedevasi il consenso di tutti i creditori. E a Ravenna (1590, IV, r. 17, foglio 75) non accordavasi cessione se i creditori concedevano dilazione di tre anni: e la cessione compivasi senza la ignominia della pietra.

Tale anche era il costume delle città di Toscana. Qui, dipendesse da maggior esperienza negli eventi fortunosi del commercio che fa precipitare le fortune anche senza mala fede, fosse naturale gentilezza, non solo si rifuggì da pratiche che bollavano di infamia il cedente, ma si usò pietà verso il debitore: ciò si trae da legge del 1473 confermata nel 1514, 1578, 1581, 1583, 1605, disponente che il debitore miserabile o no, se incarcerato non fosse sottoposto a cessione: che, fatta questa verbalmente, davanti al tribunale, non potesse più essere molestato nella persona (1). Così in Toscana il *cedo bonis* era tanto nel foro ecclesiastico che nel secolare benefizio dei carcerati per debito. Questi chiamati *miserabili* iniziavano domanda di cessione colla citazione del creditore; mentre pei non carcerati agevolavansi le concordie tanto rispetto ai falliti e cessanti quanto rispetto agli *indeboliti* per mala fortuna (2).

La leggi di Lucca (1549, II, 71) permettevano la cessione, ma tacciono sulla forma: quelle di Pistoia del 1717 nei *Capit. stincharum* (c. 20) non imponevano pubblicità ridicole e infamanti: soltanto volevano che il debitore avesse provato il rigore del carcere prima di giungere a cessione. — A Roma Pio IV vietò di infliggere l'ignominia, ma sembra senza successo (3): le plebi godevano dello spettacolo e non vi rinunziavano, come da parte loro i governi facevano assegnamento su simili pene esemplari.

Nè sempre bastava tanta vituperevole eppure esemplare pubblicità; perchè a perpetuarla volevasi che il cedente vestisse di bigello (Roma, 1580, I, 161) oltre un berretto verde, imposto anche a Bergamo (1491, III, 35), o bianco col ricamo in rosso di una volpe (Ferrara, 1567, II, 74), o una mitria gialla o verde

(1) CANTINI, XIV, pag. 375.

(2) Id., XVII, pag. 112, an. 1644; Statuto dei mercanti di Siena, c. 112, X, 1; Statuto della Corte dei Mercanti di Firenze, 1585; SABELLI, *Pratica civile*, § Debitori, § Falliti. Si può dire che la cessione ignominiosa nello Stato di Firenze era vietata o non usavasi.

(3) SCANAROLUS, *De visitatione carceratorum*, 1675, pag. 523.

Digitized by Google

(Cesena, I, pag. 67; Volterra, 1463, pag. 458; Brescia, 1470, 113). E con tale ludibrio segnavansi i debitori cedenti anche nel secolo XVIII; nè il segno potevan dimettere se non pagando i debiti.

52. Quale sia l'origine di tali formalità non è possibile dichiarare in modo sicuro: sono da scartare le spiegazioni proposte collegandole ai modi con cui presso i Germani chiamavansi in soccorso i congiunti da chi non aveva mezzi per pagare il guidrigildo, le composizioni o i debiti e correva pericolo di essere fatto schiavo. E nemmeno può riscontrarvisi un surrogato dell'antica riduzione del debitore in schiavitù. Sembrami più verosimile che l'analogia, se vi è, sia assolutamente fortuita e che si tratti di analoghe esplicazioni di un pensiero comune, manifestare in modo popolare e chiaramente visibile a tutti che si è stati pessimo pagatore e che tutti devono guardarsi da tali segnati. *Cave a signatis*, insegnava il proverbio, non solo per difetti fisici ma da macchie impresse dalla legge. Certo è poi che le espressioni: ridursi in camicia, ridursi al verde (dai berretti da portarsi dai falliti) derivino dalle suddette formalità. Il nostro diritto comunale fece largo uso di pene ignominiose, molto economiche pei contribuenti e forse di maggior efficacia di altre pene afflittive.

Della cessione trattarono i giuristi antichi commentando il tit. del Cod. e più diffusamente quelli del sec. XVI e XVII, che anche riferiscono statuti del loro tempo in cui la pratica ignominiosa era quotidiano spettacolo nelle città (1): tal *miserabile et flebile beneficium* o *remedium*, essi dicono, giova a liberare dal carcere, però deve essere accordato dall'autorità dopo che si è accertata della povertà e della insolvenza per cause e fatti indipendenti dalla volontà del debitore (2). Il *tactus lapidis* deve essere inteso come liberazione dal carcere e dal debito, salvo, ben inteso, l'obbligo di soddisfarlo venendo a miglior fortuna; e a tal scopo volevansi fideiussori, o, in mancanza, la *cautio iurata* (3). La giurisprudenza

(1) GENUA, *De scriptura privata*, lib. III, pag. 151, che riferisce statuti vigenti al suo tempo. Anche TUSCHUS, *Conclus.*, litera C., v. Cessio, concl. 180.

(2) Senza beni, dice M. BRUNO, pag. 6, *vita est supplicium, mors solatium, melius mori quam indigere quia victum cogitans vitam non habet*: colle quali espressioni l'a. non si mostra certo compreso di un sentimento benevolo verso la povertà.

(3) Ciò era negato da SALGADO, *Labyrinthus creditorum*, p. III, c. 16. A Napoli vi erano molti casi in cui la cessione non era accordata: v. NOVARIUS, *Pragm. R. Neap.*, 52.

Digitized by Google

non voleva colpito di infamia il cedente e approvava le leggi che vietavano la cessione al mercante fallito e a chi aveva avuto tre sentenze di condanna (1). Tacciamo delle tante discussioni sulla prova di nullatenenza, se la sostanza ceduta fosse da dividersi fra i creditori secondo il grado di tempo o *pro rata*, se alcuni potessero o condonare parte del debito o concedere la dilazione quinquennale con danno di altri, perchè questa impediva in seguito la cessione, ecc. (2): controversie che continuarono anche nel sec. XVIII perchè la *cessio bon.* continuò e colle stesse formalità. Infatti così la vollero eseguita le Costit. piemontesi del 1770, osservando una pratica antica sabaudo-piemontese, consacrata in un editto di Amadeo IX (3). La cessione è anche nelle Costit. estensi di Francesco III, 1771, ma senza il *tactus lapidis*. In esse si ordinò non ammettersi cessione ossia rimedio di rassegnare i beni alla protezione della Curia se non previa sovrana abilitazione su relazione del giudice, dopo che il debitore in contraddittorio dei creditori avrà prodotto stato specifico degli effetti mobili, immobili, crediti, ecc., facendo constare di essere decaduto per disgrazia o accidente non doloso nè colposo: ottenuta la grazia della cessione il debitore doveva astenersi dal pagare alcun creditore a preferenza, depositare i libri e costituirsi in carcere per render conto delle sue azioni, giustificarsi, ecc.: quindi prima *excussio bon.*, poi carcere da cui si era dismesso sottoponendosi alla cessione qualora non fosse accordato il beneficio quinquennale. Il fallito doloso o colposo oltre le pene pecuniarie ed afflittive incorreva nella perpetua infamia (4).

---

(1) BALDUS, in Cod. qui bon. cedere possunt, VII, 71; DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, form. in act. hypot., gloss. 1, v. *cesserit*. pagina 401.

(2) Sulla cessione scrissero MATT. BRUNUS nei *Tract. un. iuris*, III, 2, pag. 194; GAITUS, *De credito*; CONCIOLUS, al lib. III, rub. 73 dei suoi *Comm. agli Statuti di Gubbio*; e il modenese SCANAROLI, *De visitatione carceratorum*, 1675, ove indica quello che il carcerato deve fare per salvarsi.

(3) Lib. III, tit. 33, § 2: « starà in piedi sopra la pietra... e poi sedendo nudo a riserva della camicia, dirà, ecc. ». Vi era la cessione salva onestà pei falliti per infortunio.

(4) SALVIOLI, *La legislazione di Francesco III*, in *Atti e memorie d. dep. di Storia patria di Modena*, serie IV, vol. IX, 1898; id., *Miscellanea di legislazione estense. Rivista di storia e filosofia del diritto*, I, Palermo, 1897.

Digitized by Google

§ 8. *Procedimento fallimentare.*

53. Il mercante che fuggiva o tentava la fuga, che dichiaravasi insolvente e pronto alla cessione dei beni fino dai primi tempi del Comune incorse in speciali rigori di leggi. Le nostre città date al traffico del denaro e prosperanti col commercio e prestando, con mercanti in relazioni coll'estremo Oriente e colle piazze dell'Europa centrale, eran gelose della loro riputazione mercantile e altrettanto severe con chi la macchiava. Baldo (m. 1400) scriveva che *mercatores nostri temporis quasi publicum officium obtinent* (1); ma può dirsi che a cominciare dal secolo XIII valeva lo stesso concetto, l'economia cittadina italiana tutta convergendo nel traffico e nelle operazioni bancarie. Ora se la cessione ignominiosa doveva esser l'arma di repressione contro il comune debitore insolvente, altra arma doveva punire chi aveva l'onore di appartenere alle superiori corporazioni dei mercanti e dei banchieri e che divenuto *cessante, rompente,* fallito, decotto ne macchiava il buon nome. Così nacque il procedimento di esecuzione fallimentare (2), di cui la legge comunale più antica è di Siena, del 1180, e precisamente la rub. 39 che tratta della revoca degli atti in frode dei creditori: seguono per ordine cronologico la veneta del 1224, la vercellese del 1226 (3): poi norme più complete sono inserite nel Costituto senese del 1262, 1310, che si distingue per la estensione del detto procedimento a tutti i debitori anche non commercianti e per la mitezza delle sanzioni penali contro i falliti: quindi in modo differente di altre leggi italiane antiche le quali sebbene parlino in termini generali del sequestro di beni contro il sospetto di fuga, è però chiaro che tal misura volevano

(1) BALDUS, l. 1, Cod. de constit. pecunia, IV, 18; ALEX. TARTAGNI, ad l. 31, Dig., de iureiur., XII, 2.

(2) FUCHS, *Statutorum ital. ad processum concursus credit. pertinentium collectio*, I, 1861; BAUMGART, op. cit., 461-490; ARCANGELI, in *Riv. di dir. comm.*, IV, 1906; ROCCO, *Il fallimento*, pag. 218, 1917; MENESTRINA, *Accessione nella esecuzione*, 1901; LATTES, *Il fallimento nel dir. comune e nella legislaz. bancaria veneta*, 1880; *Il dir. comm. nella legisl. statut.*, 308-351. — Degli antichi: BRUNUS, *De cessione bonorum*, cit.; DE ARENA, *De excuss. bon.*; STRACCA, *De conturbatoribus sive de decoctoribus*.

(3) Volumen statut., pag. 131; Statuti veneti, ed. BESTA e PREDELLI, 1891, pag. 141; Stat. di Vercelli, c. 158, ed. ADRIANI, in *Storia*; Constituto dei consoli del placito di Siena, ed. ZDEKAUER, c. 73.

Digitized by Google

quasi esclusivamente riservare contro il commerciante, che per non pagare i debiti o scampare dal carcere, accestiva le sue mercanzie residue e cercava rifugio nel Comune vicino. Eran debiti dunque *ex causa negotiationis vel cambii*.

Anche senza prender contatto col diritto romano, le necessità quotidiane avevano condotto le nostre corporazioni mercantili a istituire rapide misure di conservazione contro tali mercanti e banchieri, più spesso bancarottieri, ai quali non era il caso di accordare tregue o moratorie (di 3 e 5 anni per dir. rom.) o di ammetterli alla cessione dei beni riservata ai debitori comuni. È allora anzitutto l'arresto immediato come se si trattasse di un ladro, dopo la rottura del banco e la chiusura della bottega, con un giudizio sommario nel quale potevasi applicare anche la tortura per costringere il fallito a rivelare quello che aveva sottratto o possedesse di nascosto (1). Per Baldo stava contro il fallito la presunzione di dolo: *fallitus ergo fraudator* (*Consilia*, vol. V, 392): Venezia assimilava l'aggravato di debiti al fuggittivo: e anche più tardi una Costit. di Pio V, 1570, vedeva nel fallito la macchia della frode e lo trattava come un ladro.

Tale differenza tra cedenti da una parte e *cessanti* o *falliti* dall'altra si spiega coll'alto senso di responsabilità che incombe al mercante che deve avere *bona sufficientia* pei suoi impegni, e al banchiere cui non deve mancare *pecuniam in promptu* (2): in caso contrario è supposto in frode, diffidato, e si procede immediatamente al sequestro dei beni e all'arresto come misure preventive e di conservazione, e poi con giudizio sommario a una verifica della situazione economica sua presente e anteriore, e, accertata la insolvenza, gli si rompe il banco in piazza, è cancellato dalla corporazione, sottoposto al blasmo e al bando *de maleficio et fuga*, con divieto di aiuto e di asilo, condannato al carcere o all'esilio e perfino alla pena capitale; e dove a tanto non si giungeva, all'iscrizione in un libro speciale e alla pittura del suo nome od effigie nelle loggie della corporazione: e in tali pene incorrevano i presenti che stavano con lui *ad panem et ad vinum* (3).

(1) Stat. di Piacenza, 1363, ed. BONORA, 1860, pag. 262; Genova, 1589, IV, 8; Parma, 1432; Belluno, 1424, II, 70; Feltre, III, 32; BERTALDUS, *Splendor. venet. cons.*, 1895, pag. 22: *stridantur fugitivi*.

(2) BARTOLUS, l. 5, Cod., si certum petatur, IV, 2; BALDUS, *Consilia*, I, 318.

(3) Stat. Bergamo, coll. V, r. 51; FUMAGALLI, *Il diritto di fraterna*, 1912.

Digitized by Google

i soci e gli ausiliari, i quali, come lui, non potevano abitare nei borghi della città nè entrare nel palazzo o nella piazza del Comune: e in alcune città, scontata la pena del carcere e non conchiuso concordato, vi era la berlina, il cappuccio verde o un segno verde al cappello per tutta la vita (1). È chiaro da ciò come il procedimento contro il fallito o *cessans foro* avesse carattere rigorosamente penale; e da tali provvedimenti contro la persona derivò il concetto proprio delle leggi italiane, il fallimento non esaurirsi nell'esecuzione reale ma richiedere la personale, così che, liquidato il patrimonio, fosse colpito il debitore con sanzioni penali.

54. Tali sono le regole sancite dalle principali leggi italiane, cioè dalla veneta, dalla milanese, applicata in tutte le città lombarde, dalla fiorentina (2). Non vi è fra esse piena conformità, ma tutte si riallacciano alle prescrizioni contro il debitore fuggittivo o latitante, a quelle sul sequestro conservativo, sul pignoramento esteso a tutti i beni del debitore, colla relativa *bonorum distractio* (come in diritto romano), colla facoltà degli altri creditori di aggiungersi al creditore istante negli atti sopra i beni del debitore: tutte partono dalla cessione che ritengono però insufficiente, e vogliono trattare il fallito come il fuggittivo, il debitore non latitante ma sospetto di insolvenza come era trattato il latitante.

A Venezia (1244) per iniziare il procedimento (sempre ed ovunque svolgentesi in due fasi, una di arresto o conservativa, l'altra di esecuzione) bastava la *fama suspicionis* secondo il parere di tre sapienti: a Siena volevasi sentenza accertante il credito, o bando per contumacia o per fuga. Dopo di che l'autorità doveva *capere, detinere, bona intromittere et conservare per satisfactionem.* Si procedeva a un'inquisizione di tutti i beni *usque ad*

---

(1) Vedi le molte citazioni di leggi municipali in LATTES, 312-328. A Napoli e in Sicilia i falliti fraudolenti erano puniti con pena capitale: Pragm. napol., 1585, de decoct.; 1666, de nummulariis; FLANDINA, *Fallim. in Sicilia*, in *Arch. stor. sic.*, 1887. Così anche a Ferrara, II, 133. A Firenze si era più miti; per es. per dichiarare cessante occorreva il concorso dei consiglieri di mercanzia. Anche mite era la legislazione veneta (1557): l'arresto era in casa con facoltà di uscire alle feste.

(2) Sulle leggi venete (*Stat. iudicum petitionum*, 1244; legge del 1329, 1425) vedi LATTES, *Legisl. veneta*, ecc. Per Milano, Stat. 1341, III, 4; cap. de mercat. fugitivis; Stat. 1541; per Genova, Stat. 1498, 1589, IV, 80-86; per Firenze, Stat. 1415; Stat. della Corte di Mercanzia, 1577, r. 10 e segg.

Digitized by Google

sacculum et peram et minimum quadrantem (dice la legge senese), chiamando con gride tutti a denunziare i beni del fallito, e invitando i creditori a presentare i loro titoli, citando *possessores extraneos* (Modena, 1327, III, 21): e in questa fase annullavansi le donazioni ai figli e alla moglie, salvo quelle fatte nel dì degli sponsali, ed annullavansi le alienazioni con riserva agli acquirenti di mostrare la buona fede loro, ma col diritto del creditore di rivendicare la cosa venduta restituendone il prezzo. Largo era il periodo sospetto. Un giudice presiedeva all'esecuzione e liquidazione da compiersi entro tre mesi, con bandi pubblici per la vendita al miglior offerente ed altri bandi per la distribuzione del prezzo, osservando che *prima li sodisfi a chi prima a obligati li beni e cosi per ordine.* Il debitore insolvente perdeva la cittadinanza senese ed era bandito, e ogni creditore poteva catturarlo fino a soddisfacimento del debito, e il podestà doveva concedere i *pilliatori de li esbanditi*, per essere tradotto nelle carceri pubbliche. Il bando cessava col pagare e coll'accordarsi coi creditori (1).

A Venezia (1290, 1329) l'incarico della ripartizione era affidato a tre consiglieri: la moratoria o *affida* durava 4 mesi durante i quali si sospendevano gli atti esecutivi sulla persona e i beni; e di tal procedura beneficiavano anche i non commercianti. Procedura mite, molto affine alla moderna, che fece moltiplicare i fallimenti. Certo non ebbe colpa nella decadenza economica di Venezia (2), dovuta a cause più complesse.

La legge milanese colpiva solo i mercanti (*mercatores publicos et usitatos exercentes mercandias*) e non richiedeva proclamazione pubblica di debitore quale fuggitivo perchè fosse trattato come tale; era legge severa minacciante bando, pene a chi gli dava asilo, responsabilità in solido al padre, al fratello, ai figli, ecc.: il tempo per fare concordato non durava oltre tre mesi: la procedura si iniziava su istanza giurata del creditore che poteva arrestare il debitore sospetto di fuga.

Genova non limitava il fallimento ai soli commercianti, ma ad ogni *ruptus et absentans*, perchè *genuensis ergo mercator*. Vo-

(1) ARCANGELI, *Gli istituti di diritto commerciale nel Costituto senese del* 1310, nella *Rivista di diritto commerciale*, IV, 1906, pag. 363 e segg.

(2) Così scrive ZULIANI, *Analisi delle leggi civili dello Stato veneto*, in appendice a Domat., Ven., 1793, vol. IX, pag. 151.

Digitized by Google

levasi la istanza di almeno tre creditori: si citava il debitore, la famiglia, i vicini *quibus dicatur si volunt contradicere*. Si dava un curatore che ripartiva le attività *iuxta potioritatem*. Il maggior creditore potevasi opporre alla dichiarazione di fallimento. La moratoria durava 8 mesi. A Roma, Bologna, Ancona bastava la semplice notorietà di insolvenza per iniziare giudizio fallimentare (1).

La procedura di fallimento si svolgeva davanti a magistrature speciali che furono a Venezia il magistrato del Petition, a cui fu poi sostituito quello dei Sopraconsoli per sollievo dei falliti per sinistri eventi (1413, 1425) che qual padre deve proteggere, concedere affida, salvacondotto, con cui ottenere tempo per concordato (1611); a Firenze i consoli della Mercanzia pei falliti e gli indeboliti, a Genova il Magistrato dei rotti. Tali magistrati o anche i giudici ordinari, su querela dei creditori o per volontaria sottomissione del debitore, fatta, promossa colla domanda di cessione dei beni, ordinavano l'arresto e il sequestro dei libri e scritture, non che dei beni, e nel contempo con gride bandivano il nome del fallito, citavano i creditori e costituivano sindaci per rappresentare la massa, esaminavan le istanze, i libri dei commercianti, lo stato patrimoniale del debitore, le operazioni compiute nei mesi precedenti, durante i quali il fallito *est ut mortuus*, onde l'annullamento delle alienazioni (con rispetto dei diritti di prelazione legittimamente acquistati) verificavano i crediti, graduavano i creditori, procedevano alla distribuzione dell'attivo (2).

55. Se la tecnica e le necessità logiche portarono il procedimento fallimentare ad avere comune col diritto romano il punto di partenza, cioè salvare il patrimonio nell'interesse dei creditori, donde la *missio in possessionem* e la *venditio bon.*, sono tante le divergenze e le innovazioni da poter segnalare quale creazione italiana la procedura fallimentare. Anche la dottrina voleva spiegarla con testi romani, ma l'artifizio suo conseguente ai metodi del tempo non ne nasconde o svisa la figura tutta nuova. Inno-

(1) CONSTANTINUS, *Observat. ad capitula stat. urbis Romae*, c. 104.

(2) La distribuzione proporzionale è già nel Constit. di Siena, 1262, c. 73: *et omnia bona tam mobilia quam immobilia distribuam inter creditores*; ARCANGELI, *Gli istituti di dir. comm. nel Costituto senese del* 1310, nella *Riv. di dir. comm.*, 1906; Stat. di Firenze, III, 1; Bergamo, coll. V, n. 48; Padova, 1420, ed. 1682, pag. 155. Sulle magistrature venete, v. ROBERTI.

Digitized by Google

vazioni introdotte ad impedire l'*intricare in necem creditoris* furono l'officiosità del procedimento per cui al magistrato spettava la ricerca dei creditori, la loro ammissione al concorso (ignoto al dir. romano), la vendita e attribuzione dei beni ad essi, lo stabilire il periodo sospetto (1), convocare i creditori di maggior somma e riputazione per preparare i concordati od accordi (2). In quanto alla dottrina, si comprende, come si è detto, lo sforzo di identificare tale procedura colla romana *missio in poss.*, e in principio non si fece differenza fra il cedente, il *iudicatus* e colui *qui fraudationis causa latitat*, e quindi fu compresa nei precetti del 1° e 2° decreto (3). Ma il fatto dell'arresto, il carattere penale impresso al procedimento, l'intervento dell'autorità persuasero che di altra cosa si trattava, e a Baldo spetta il titolo di primo teorico di tutta la materia fallimentare. Le sue osservazioni sono, è vero, frammentarie, perchè sparse qua e là nelle sue letture al Dig. e al Cod. e in Consigli (4): ma il loro valore fu ripetutamente proclamato dal primo e più completo teorico di tutta la materia fallimentare, l'anconetano Benvenuto Stracca (1509-1578) nel trattato de *decoctoribus*, che fece testo in Europa (5). I giuristi italiani, per trovare via di scampo alla severità

(1) Capit. mercat. civ. Lucensis, 1508, r. 46.

(2) A Venezia per gli *accordi* il magistrato convocava i maggiori e più reputati creditori perchè capeggiassero i minori e li inducessero ad accettare l'accordo. Se in questo non convenivano due terzi di nomi e di somme, decideva la stessa autorità giudiziaria, e a Venezia il Consiglio dei 40 al Criminale, citando i dissenzienti e verificando se quelli che assentivano e presentavano crediti per oltre la metà del passivo fossero *verissimi* ed *approvatissimi creditori* (legge veneta, 1441, 1611). I falliti concordati dovevano pagare entro due anni, in tre rate di otto mesi ciascuna; altrimenti l'accordo era di niun valore (legge veneta 1487, c. 3).

(3) DURANTIS, II, de primo decreto; II, de secundo decreto, § 4; III, de accus., § 6; LANFRANCUS DE ORIANO, f. 83; PETRUS. DE FERRARIIS, form. respond. rei conv., pag. 76.

(4) Specialmente al Cod. VII, 71 e 75; alla l. 12, Cod. IV, 34; l. 11, Cod. VIII, 18; l. 16, Dig. XLII, 6; l. 17, § 1, Dig. XLII, 8; l. 7, Dig. XVI, 3: l. 17, Cod. VI, 20; l. 23, Dig. IV, 2; l. 11, Dig. XX, 4; l. 5, § 15, Dig. XIV, 4; l. 13, § 8, Dig. XIX, 1, ecc.; e nei *Consilia*, 315, 382, 383, 432. Per es. sulla ripartizione così si esprime: *Creditor banchi prior in tempore non praeferatur aliis sed omnes pro rata concurrunt nisi qui percipiebant usuras a bancho quia illi non concurrunt cum aliis sed eis alii praeferuntur: item nisi pecunia esset deposita et consignata in specie, id est, in sacco sigillato: quia in ea dominus deponens debet praeferri; secus si ad numerum esset deposita bancho.*

(5) È assieme ai *Tract. de mercatura sen mercatore*, Ven. 1575 e altre ed.

Digitized by Google

delle pene e in favore del debitore vittima di circostanze impreviste e non colpevole di frode, introdussero alcuni espedienti, tosto accolti dalle Curie mercantili e poi passati nei Codici, come la moratoria e il concordato sia amichevole che giudiziario, la ripartizione sulla base dell'eguaglianza *per solidum et libram*. Essi diedero regole al periodo sospetto e preparatorio del fallimento (*distingue tempora et concorda iura*) nel quale gli atti del debitore, per estensione della *actio paulliana* erano riputati fraudolenti senza bisogno di prove (1).

Altri progressi segnano le leggi del sec. XVIII, per es. le Costit. piemontesi, 1770, colla cessione dei beni *salva onestà*, cioè per mero infortunio (nei debiti civili sino a L. 200), la legge toscana del 1782 che sanzionò il concordato coattivo senza previa dichiarazione di fallimento (il che era già praticato da leggi precedenti), il regolamento austriaco del processo edittale, 1785, che affidò ai creditori la gestione dell'azienda del fallito. Tutto il moderno diritto del fallimento, lo ripetiamo, è opera della scienza e della pratica italiana (2), che si ispirarono a quel rispetto sempre crescente della dignità umana che fu il più duraturo prodotto di nostra civiltà. Per esso trionfò la regola che dei debiti devono rispondere i beni non le persone, salvo le pene contro i frodatori.

§ 9. *Il procedimento esecutivo nei regni di Napoli e Sicilia.*

56. Sebbene i mezzi di eseguire le sentenze, obbedendo a necessità logiche, debbano presentare una tecnica uniforme ovunque, tuttavia almeno pel loro sviluppo possono annoverare particolarità che in un'esposizione storica meritano di essere rilevate. Tale è il caso del diritto napoletano che, per es., pel vigoroso e continuo intervento del potere statale, riproducendo leggi romane (Cod., IX, 5) vietò le esecuzioni di privata autorità tollerate nell'alta Italia, e anzi punì il sequestro privato con pena

(1) CACCIALUPUS, *De debitore suspecto*, in *Tract. univ. iuris*, volume III.

(2) Dall'Italia si diffuse all'estero, in tutta Europa. Quei giuristi stranieri, come SALGADO, spagn. (*Labyrinthus creditorum*, vedi quanto si è detto a pag. 695), che si scostarono dai nostri, di grande chiarezza, avvilupparono la materia in complicazioni inutili e con pedanterie non confacenti a istituti mercantili; v. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 1921, pag. 621.

Digitized by Google

capitale [1]. Nelle Costit. di Federico II esclusivamente alla sentenza pronunciata dopo regolare giudizio è riservata la conseguente esecuzione: quindi non agli strumenti notarili eguagliati alle testimonianze (II, 34, 52): e chi non obbediva alla sentenza era trattato come il contumace, cioè colla multa di un terzo dei beni, colla *missio in bonis pro mensura debiti* (I, 99) e colla vendita giudiziaria dei beni ereditari (I, 100). Solo coi Riti fu accordata l'esecuzione parata agli strumenti notarili, *sine aliqua probatione*, non però altre 20 anni dalla loro redazione (*Ritus*, 170). Precedevano due precetti di *solvat*, e nasceva dalla inosservanza dei patti giurati anticamente azione di spergiuro (punita col taglio della mano, *Ritus*, 171) e azione civile di esecuzione reale e personale. Contro lo strumento potevansi sollevare eccezioni; donde il giudizio *de liquidatione instrum.* regolato da molte Prammatiche [2]. Queste poi estesero i privilegi dell'esecuzione parata alle cambiali (se redatte da notaio fino a 10 anni), alle apoche bancali, ai libri dei mercanti, ai crediti del fisco, dei luoghi pii: esecutorii erano i provvedimenti *de cavendo* emessi con sentenza o decreto su istanza giurata del creditore avente *fumum boni iuris* (*Ritus*, 127) [3]. Davasi sequestro conservativo contro il debitore fuggitivo se due testi lo dichiaravano impossidente (*fit citatio et faciat eum capi de persona*). Ma nel corso del sec. XV a tale mezzo di esecuzione nemmeno poteva giungere chi era provvisto di sentenza o di altro titolo, e si richiese il rilascio da parte dell'autorità giudiziaria di speciali *lettere esecutoriali*, colle quali il messo procedeva a pignoramento, previa citazione *ad relevandum pignus* entro due giorni *et solvendum*. Se non eran noti i beni, il giudice procedeva a cattura del debitore, e per indurlo a rivelarli, gli diceva: *nescio si habes bona*: *exhibeas illa*,

---

(1) Cap. Caroli I; Contra effrenatas, 1278: *ne quis authoritate propria capiat aliquem de persona nec eius bona*. Confermato da Carlo II, cap. Amplius nulli.

(2) Pragm. de liquid. instr., an. 1585, 1608, 1632, 1633; Dispaccio 1772, 1773; MARADEI, *De processu executivo seu de liquid. instr.*, Napoli, 1701.

(3) Pragm. 5, de liter. camb., 1617, dispaccio 1709, 1766; Pragm. 9, de actuariis; Pramm. del 1738, § 3, n. 3. Sulle apoche bancali, Pragm. 63, de offic. proc. Caes., 1588. Con questa legge tali cause erano trattate presso il Consiglio collaterale: nel 1742 furono affidate al tribunale del Commercio e nel 1792 al Delegato dei cambi.

Digitized by Google

alias sequamur in persona tua carcerando te. Cosicchè a Napoli non si usava il *iur. manifestationis.* L'obbligo delle dette *lettere* è anche confermato dalle Prammatiche, dopo una duplice notifica della sentenza. Le lettere valevano per un anno. Date le lettere esecutoriali, non eran più ammesse eccezioni. Dalle lettere all'esecuzione dovevan decorrere 4 mesi per la presa di pegni e altri 2 per la vendita (1); termine nel sec. XVIII ridotto ad arbitrio del giudice (2). Fatto il pignoramento, per due volte notificavasi al giudice *mandatum ad reluendum* (*luat pignus*) pagando debiti e spese: poi procedevasi a perizia, per 3 volte rivedibile, infine alla vendita.

In quanto ai beni eccettuati, va ricordato il cap. di Carlo I, 1272, vietante pignorar buoi destinati all'aratro e strumenti agricoli (*de poena violentorum*: *Pridem contra*) anche se vi assentisse il debitore, sotto pena di rifare i danni dal pignorato indicati col solo giuramento: cap. corretto da Carlo II (*de bobus arat.*) che ne ammise il pignoramento, se altri beni non esistevano, ma poi ripristinato con Pramm. del 1559 (*de offic. S. R. C.*). Eccettuati furono nel sec. XVI gli stipendi dei militari, i libri dei dottori; questi furono anche esclusi dall'arresto, assieme ai medici e ad ogni *homo valde disciplinatus in sua arte.* Per gli immobili l'asta si ripeteva tre volte: se andava deserta, aggiudicavansi al creditore secondo la quantità del credito: se vi era domanda di proprietà dei beni o *esse executum in bonis alienis*, si procedeva sommariamente all'esame e decisione: ma punivasi chi allegava detta eccezione senza provarla (3). L'espropriato aveva diritto di riscatto entro 2 anni (in Sicilia, *Ritus*, 112, entro 4 mesi). Se il debitore doveva prendersi i beni *in solutum*, il suo svantaggio, che era da tutte le leggi considerato e compensato — dove col 10 % in meno del valore di stima (Parma, 1494), dove con un terzo di meno (Costit. piemont., 1770, III, 32, 29) — lo era a Napoli con un sesto di meno e in Sicilia con un quarto in meno, e a tal compenso davasi il nome di *pinguevalente.* Nell'Italia meridionale le *lettere esecutoriali* restavan sospese per l'arresto del

(1) MARADEI, *Praxis*, de praesentat. instrument., c. 12, che tratta della nullità degli atti esecutivi fatta nel quadrimestre; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, vol. II, tit. 3.

(2) ALOI, nelle aggiunte alla *Praxis* di DE ROSA, II, 142.

(3) Pragm. 81, § 14, de officio S. R. Cons. an. 1632; Pragm. 2, de tabularior. colleg., an. 1608; Pragm. 2, de magistr. art.; Pragm. 44, § 4, de offic. M. Iust., an. 1574.

Digitized by Google

debitore: esse non valevano contro beni feudali. Le aste anche nel sec. XVIII si bandivano a suon di tromba per tre giorni non di seguito (1).

Dall'arresto si era liberato o dando fideiussori (2) o colla cessione dei beni chiesta alla R. Camera o alla Corte di Vicaria: tale *miserabile beneficium* « accordato perchè il debitore non marcisse in carcere ad arbitrio dei creditori » (3), veniva inflitto nel modo ignominioso: non era però accordato a cittadini che avevano beni locati o censiti dentro o fuori la città (Pramm., 1499), nè per debiti anteriori di un anno « perchè molte persone non temendo Dio contrattano e pigliano mercanzie *cum animo defraudandi* », nè si vergognavano subire il *miserabile beneficium tamen proficuum ad carceres evitandos*, specialmente dopo che a Napoli nel 1546 Don Pietro da Toledo vietò il modo di andar nudo su pietrone: *volens cedere, vocatis creditoribus publice in M. Curia... accedat super lapidem* alta 3 palmi *et dicat se bonis suis cedere*. Ma nel 1585 fatta l'esperienza che tali cedenti, anche dopo aver subita la frusta e il carcere andavano tra la gente come galantuomini e fraudando di nuovo, si ingiunse di portare cappello con bambacino verde volto in croce, vita durante, come tutti i condannati per furto lo portavano turchino, sotto pena di 5 anni di galera e pei recidivi di galera perpetua. Tale Pramm. era del 23 marzo, ma il 31 maggio era modificata per quelli passati, e il segno imposto solo pel futuro, aggiungendo che non dovevano essere i debitori carcerati molestati per il pane avuto e per le spese dovute agli infermieri del carcere, stante la loro notoria povertà. Era privilegio dei Napoletani essere esonerati dalla cessione per debiti derivanti da locazione: ma non per gli altri debiti; e siccome se ne contraevano col proposito di liberarsi con quest'espediente, fu ordinato che ad esso non si potesse ricorrere pei debiti non più antichi di dodici mesi (Pragm. *de cessione bono.*).

Nel 1666 ritenuto che « il fallimento fraudolento è delitto

(1) Così la stessa Pragm. 81, § 12. Se l'esecuzione riguardava beni feudali, erano nelle lettere esec. inserite le parole: *dummodo nullo modo inducatur feudi divisio*. Vedi MARADEI, *Praxis civ.*, c. 20; CARLEVALIUS, *De iudiciis*, tit. 33, disp. 18 e 23. Sugli apprezzi diede regole la Pramm. 1738 e 1751.

(2) Const. r. Sic., II, 10; Cap. Carlo I, 1278: *item iustitiarii delatos: item caveant iustitiarii*, ecc.; Cap. Carlo II, *si iuste qui appellaverit*.

(3) Pragm. 3, 5, de cessione bonorum, an. 1546, 1585.

Digitized by Google

maggiore del furto », si minacciò pena di morte ai mercanti falliti, con forgiudica se non comparivano entro 4 giorni, pena estesa a chi tenesse nascosti beni di essi falliti, ne trasportassero i mobili, si dichiarassero creditori con titoli falsi; proibendo ogni maniera di moratoria, salvaguardia, dilazione, anche se col consenso di tutti i creditori: proibizione che fu tolta solo nel 1754 per opera del Tanucci, quando si dichiarò la cessione ignominiosa fatta dopo la liberazione dal carcere essere diversa dalla deduzione del patrimonio che non è atto ignominioso « dando il debitore ai creditori la facoltà di comparire per essere soddisfatti restando salva l'azione personale ».

Abuso grandissimo erasi fatto delle dilazioni e salvaguardie e si dovettero vietare (1604, 1613): ma poi furono rimesse colla sola facoltà di uscir di casa per la messa (1).

57. In Sicilia il procedimento esecutivo si formò relativamente più tardi e in modo più lento in confronto di quanto, per es., ci hanno mostrato le leggi toscane. Secondo la consuet. 67 di Palermo *de obligationibus et poenis in instrumentis appositis* dall'atto notarile non nasceva l'esecuzione *parata* propria dei titoli guarentigiati, ma solo un ricorso senza libello al giudice, una *simplex petitio in actis scriptis apud acta*; e la trattazione della causa con rito sommario. Dunque restò estraneo in Sicilia il concetto del debitore *confessus in iure*, e anzi a Messina contro i debitori *calunniosi* dovevano i creditori in possesso di atto pubblico (*debita solemnitate peractum*) iniziare la lite col rito ordinario: se le eccezioni proposte erano di tal natura da richiedere tempo per le relative prove, il tribunale poteva ordinare che le somme dovute fossero depositate (55). Tutto ciò fu mutato da Federico III, 1332, col cap. *cum varia* (nel Rito alfons., ai c. 100-109) che ordinò che chi ha pubblico strumento di notaio siciliano non richiedente prova estrinseca *praesente vel contumace debitore, non audita excusatione absentiae ponatur incontinenti in possessionem bonorum ipsius... data fideiussione de dublo solvendo in qua possessione missus ipse per* 15 *dies stet, eis transactis procedatur ad distractionem bonorum* (100): e i beni trasferiti potevano valere il doppio del credito stesso (2). Va notato che non era richiesta la

(1) Pragm. an. 1585, de decoctoribus; an. 1666, de nummulariis; De Sariis, *Codice delle leggi del regno di Napoli*, lib. XI, tit. 39.

(2) Ma fin dal 1316 Palermo aveva ottenuto dallo stesso Federico III

Digitized by Google

inserzione nell'atto della clausola esecutiva, che invece era richiesta una cauzione dal creditore, tenuto a restituire il doppio *si de debito apparuerit satisfactum*, in ciò condannato *summarie, omni appellationis, supplicationis et restitutionis post sententiam beneficio denegato* (105).

Tale procedura fu perfezionata nel 1446 nel Rito di Alfonso V ai c. 110-132 (*interpretatio nova praedicti capituli « cum varia »*) per togliere dubbi; e vi si distinsero due modi di esecuzione: uno *via executiva*, l'altro *per modum cedulae*. Intorno al primo si aggiungono prescrizioni sulla forma estrinseca dell'atto, sul diritto della *quindena ad opponendum* (il *beneficium quindenae*, cioè facoltà di presentare entro 15 giorni un fideiussore), sulla subasta, sul riscatto dei mobili entro 15 giorni e degli immobili entro 4 mesi, sul pingue valente (pag. 729) nel caso di asta deserta, sull'appello concesso al debitore nullatenente e carcerato (117), sul debitore non citato ma che *cum sacculo parato* si oppone all'espropriazione e in tal caso non è tenuto alle spese (110), sull'esecuzione *brevi manu*, sul divieto di procedere *in persona heredum* se non nel caso che occultino i beni e non facciano inventario, sul divieto di arresto se non nel caso di nullatenenza (126). In questi riti fu introdotta una differenza nell'esecuzione di mobili e di immobili (112).

58. Nel *modus procedendi per viam cedulae* si aveva un vero giudizio ma abbreviato, da svolgersi nel caso di titolo notarile anteriore di 10 anni, di sentenza passata in giudicato da un anno, di confessione giudiziale di debito contro la quale *aliquod separatum* si oppone. Godevano ancora di tal procedura i testamenti, gli inventari, le lettere di cambio, le polizze di tavola, i mandati, le ricette, le taglie, i libri mercantili e burgensatici; infine le locazioni anco verbali (sugli oggetti esistenti nella casa locata); i negozi frumentari o per servigi personali in breve termine; e tutto ciò contro debitori e loro eredi o donatari universali e contro i terzi possessori per arresti di canone [1]. Per rifiuto di offerta

privilegi per una rapida procedura di esecuzione: DE VIO, *Privilegia Panormi*, pag. 67, 85; BRUNNECK, pag. 286.

[1] Tale procedura presenterebbe, secondo BRÜNNECK, pag. 299, simiglianze colla francese del sec. XVI, che certo si distingue dalla italiana (vedi in proposito un passo di REBUFFUS, *De chirographorum et cedularum recognitione*, nei suoi comm. alle Ordinanze regie, 1581, riportato da BRIEGLEB, *Gesch. d. Executivproc.*, I, pag. 208), nello stesso modo che quella *via executiva* avrebbe rapporti col procedimento spagnolo.

Digitized by Google

o per condizioni apposte nel pagamento facevasi il deposito giudiziale presso il maestro notaro: e la controversia in uno speciale giudizio definivasi con forme semplici. Il debitore poteva ottenere la sospensione della esecuzione offrendo entro 15 giorni un fideiussore per fare le opposizioni: tale beneficio dei 15 giorni, che era il già ricordato *beneficium quindenae*, non si estendeva ai venditori di generi alimentari (1). Il debitore (con famiglia), caduto in miseria per disgrazia e quindi incolpevole godeva di una riduzione del debito detto *beneficio del mezzo soldo* (2). Le opposizioni erano trattate in modo sommarissimo, se ammissibili o no: e dopo tale giudizio potevasi anche arrivare alla sospensione degli atti esecutivi.

Il primo atto era il mandato imperativo: *solvat, aut expignoretur*: e l'esecuzione si iniziava sui mobili: facevasi un repertorio, cioè inventario dei mobili che si consegnavano all'attuario o ad un terzo (*loco depositi*) e poi facevasi la vendita al migliore offerente. I mobili eccettuati erano i soliti: le masserizie domestiche, gli utensili da lavoro, ecc. (3), a cui si aggiunsero le armi, i cavalli e per una pramm. di Los Veles del 1646 anche gli animali pascolanti sui beni feudali (4). Il debitore poteva redimere la cosa mobile venduta fra 15 giorni se il compratore l'aveva acquistata all'asta, ed entro 8 se era stata aggiudicata al creditore (5).

L'esecuzione o distrazione immobiliare fu regolata dal Rito modificato da Pramm. vicereali, che col *pactum ad discursum* impedirono al creditore di aversi i beni in soddisfazione col *pinguevalente*, cioè col beneficio di un quarto, ma nel contempo provvidero in favore dei debitori palermitani e per la *escorporazione* degli immobili incorporati dal fisco (6). Al *mandatum ad solvendum* seguiva entro 10 giorni il primo decreto di *missio in*

(1) Siculae Sanct., III, 429; IV, 23; Pragm. M. A. Colonnae, de debit. tabular., pag. 45.

(2) Pragm. an. 1570, tit. 19, vol. I, pag. 137.

(3) Pragm. 1, tit. 13, tomo III, Cesine.

(4) Pragm. M. A. Colonna, de execut., pag. 108; Pragm. 1747, tit. 2, lib. III, tomo IV; Sicul. Sanct., tomo IV, pag. 436 segg. Per le armi, tit. 21. vol. I, pag. 171.

(5) Pragm. 4, § 2, tit. 55, an. 1513, 1573, 1593.

(6) Riguardavano la cessione dei beni (an. 1534, 1544, pragm. 1, titolo XVI, vol. I), il beneficio della dilazione di un anno a pagare i debiti qualora il debitore palermitano provasse di aver subito infortunio (id., pramm. 3, an. 1553, vol. I, pag. 135).

Digitized by Google

bonis (Ritus, III, 128, 129) a cui il debitore opponeva le sue eccezioni sommariamente esaminate. Il secondo decreto conteneva la formola: *servata servanda bona expignorata vendantur*; il Rito 112 così dispone: *data prius per creditorem fideiussione de duplo et posito in possessionem, fiat notatio apud acta. Extunc habeat debitor quindenam ad se opponendum, infra quam bona banniantur.* L'opposizione deve precedere la subasta: se respinta *procedatur ad distractionem bonorum* e alla vendita. Se non trovasi compratore *dentur creditori in solutum ad pingue valens videlicet pars eius pro quo procedit executio* (1). Il *pingue valente* non si aveva quando vi era concorso di creditori e i beni erano inferiori ai crediti. Allora si dividevano secondo i crediti. Per Prammatiche del secolo XVI fu disposto che il creditore dovesse entro l'anno dal secondo decreto procedere alla vendita, pena la perenzione. Tale decreto attribuiva la proprietà dei beni acquistati all'asta e tosto seguiva la tradizione materiale. Se il creditore poteva col pinguevalente fare la distrazione, doveva procedere colla valutazione di periti. Il debitore poteva redimere entro 4 mesi il fondo distratto, rimborsando ogni credito, spesa e interesse. Era ammessa l'azione di nullità contro la distrazione sia per lesione enormissima, sia per vizio di forma o errore sul merito, il che dava luogo a lunghi litigi, a calcoli di liquidazione e rimborsi.

Sui crediti e le rendite del debitore procedevasi a esecuzione con sequestro e con mandato di *assento*, che attribuiva al creditore il diritto di esigere quanto doveva il debitore. Nessuno era ammesso a cessione, dilazione triennale o quinquennale se non in caso di aver sofferto naufragio, incendio o furto (an. 1747, *Sic. Sanct.*, IV, 388). Tutte queste norme erano in vigore anche al sec. XVIII. Nel 1798, 27 settembre, Ferdinando III aveva confermato che gli strumenti notarili godessero dei privilegi di esecuzione parata entro 10 anni, mentre le ipoteche si estinguevano in 60 anni. Nel diritto più antico era eccezionalmente ammessa la pignorazione *propria authoritate* in favore dei proprietari di case e terre contro gli inquilini e i coloni e quando nei contratti notarili fosse inserita la clausola: *liceat creditori sua propria author. intrare, vendere et precium percipere* (2).

---

(1) Pei mobili il pinguevalente era di un ottavo *nisi fuerit aurum vel argentum in massa seu in materia vel lapilli et perulae.*

(2) GENUARDI, *Proced. civ. in Sicilia dai Normanni*, pag. 73.

Digitized by Google

In difetto di beni avevasi l'arresto, colla solita esenzione delle donne, dei settuagenari (1), di quelli aventi il *refugium domus* o il privilegio di *guidatico* per feste religiose o fiere (2), salvo che fossero debitori di ospedali. Contro tali debitori vi era l'arresto in ogni giorno e ora, e le loro case eran demolite o guardate da custodi (3). Scampava dal carcere chi presentava fideiussore e per far ciò aveva 15 giorni di tempo (*beneficium quindenae*). Il debitore era mantenuto in carcere dal creditore; il che fu abolito da Carlo II.

59. In Sicilia le antiche consuetudini parlano di *cessanti*, contro i quali si procede coll'arresto (Palermo, 57; Trapani, 20; Siracusa, 23), salvo a Messina dove nessuno può essere incarcerato per causa civile, se presenta fideiussore (38). Ma anche il *tactus lapidis* era in uso o si era introdotto sotto gli Aragonesi. Un cap. di Ferdinando II del 1481 l'impone, come anche restringe la cessione, per cui *si veni a perdiri lu commercio... et multi contrahire debiti sub spe refugii cessionis*, al caso di sopravvenuto infortunio, *et etiam tali casu tangat lapidem* (c. 10). Nel Rito (191) sono elencati i casi in cui la cessione può essere concessa, cioè quando il debito non aveva causa da delitto, quando il debitore non aveva occultato i beni e non si era obbligato *ad opera et servitia personalia*; egli doveva giurare *de solvendo, deducto tamen ne egeat, cum ad pinguiorem pervenerit fortunam*. Dall'infamia della pietra non poteva essere dispensato, salvo di appartenere a ceto civile (4), e ciò per non danneggiare il commercio, e poi nel 1746 la dispensa fu estesa a quelli che avevano subìto infortunio di furto, naufragio, incendio (5). Per avere il *miserabile beneficio* il debitore carcerato presentava domanda, citava i creditori, e *tacto lapide* era messo in libertà. Era beneficio personale non estensibile ai fideiussori. I cittadini palermitani che per un anno erano trattenuti in car-

(1) Pragm. sic. 2, § 15 e 16, tit. 2, lib. VII, tomo IV; Sic. Sanct., III, pag. 283, 398.

(2) Sic. Sanct., IV, pag. 425.

(3) Id., IV, 371.

(4) Cap. Caroli II, 65; vedi FIANDINA, *Leggi sui debitori in Sicilia*, nell'*Archivio storico siciliano*, vol. X, pag. 112.

(5) Pragm. 2, § 8 e 9, tit. 2, lib. III, tomo IV; Sic. Sanct., tomo IV, pag. 385; § 8 e 9, pag. 300; Pragm. del Duca di Sermoneta, § 26, tit. 25, tomo III, Cesine.

Digitized by Google

cere per debito, ne eran dimessi senza far cessione, come se l'avessero fatta (1).

60. Le Consuetudini siciliane erano piuttosto miti verso il debitore nullatenente. Quelle di Messina (40) disponevano che in mancanza di mobili, solo nel caso non trovasse chi si rendesse per lui mallevadore, desse cauzione *vel in carcerem detrudetur usque ad XV dies ut taedio carceris affectus (si sunt ei mobilia) solvat quod debet. Post XV vero dies eodem dicente se mobilia non habere, eius stabatur iuramento*. Se non ha nè mobili nè immobili, *LV diebus in carcere detinetur*, dopo di che se non paga, giuri che di quello che lucrerà, tolto il necessario per la vita, darà al creditore a estinzione del debito, e *a carcere liberetur*. Infine colui che è debitore *non imminente fortuito casu sed ex fraude* resterà in carcere finchè non avrà soddisfatto il suo debito. Le stesse disposizioni sono ripetute nelle Consuet. di Trapani (20) e di Siracusa (23). Quest'ultima chiama il debitore insolvente *iniquus*, lo condanna al carcere per 30 giorni *compedibus ferreis*, e per ogni oncia d'oro il periodo della detenzione crescerà di un mese, ed oltre le 12 oncie resterà in carcere finchè pagherà, *quod non possit de sua malitia gloriari*: e sarà liberato, dopo di aver giurato come prescrivono le Consuet. di Messina. Queste tanto nel testo antico che in quello di Appulo del 1498 segnano una innovazione: *nemo pro civili causa incarceretur si fideiussorem dare potest* (38).

A Palermo (57) il debitore cessante stava carcerato per un anno: se cessante *per iniqua* causa, vi stava finchè non avesse pagato (2). Tali misure non si applicavano *viris, mulieribus venerandis*, ma a condizione che fosse sopravvenuta la miseria non per malizia ma per disgrazia, «naufragio, incendio, furto notorio o altra disgrazia». Da una disposizione del 1747 si apprende che erasi introdotto l'abuso di dare ai carcerati licenza di sortire dalle carceri due volte la settimana per assistere alla causa: e in quella occasione si accordò l'esenzione ai soli settuagenari malaticci non ai robusti, e si esclusero dal numero dei creditori la moglie e i parenti in 1° e 2° grado; e altri abusi si repressero (3).

(1) Consuet. di Palermo, 47; Pragm. an. 1544, 2, tit. 17, tomo I, pag. 132. Anche da tal privilegio nacquero abusi che Carlo III, 1756, Pragm. un., tit. 6, lib. III, tomo IV, cercò reprimere.

(2) La Cons. di Palermo 38 vuole che il carcerato paghi *pro custodia carceris quando pernoctaverit in carcere palatii*.

(3) Sicul. Sanct., IV, 388, an. 1747.

Digitized by Google

CAPO XV.

Guarentigie processuali

§ 1. *Doveri e responsabilità del giudice.*

1. Il pregiudizio che in Italia nel passato e fino alla vigilia del sec. XIX la certezza della legge, la tutela del diritto, la libertà giuridica fossero almeno molto labili e che gli ordinamenti giudiziari subissero in modo soverchio la pressione degli interessi politici, non resiste a una serena riflessione, e crediamo che la presente indagine storica l'abbia distrutto. L'origine di siffatto pregiudizio e la sua persistenza erano specialmente dovuti, per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, al carattere assunto dal procedimento criminale basato sul principio della vendetta pubblica e del terrore, colle pene esagerate, irreparabili, arbitrariamente applicate, con un'inquisizione iniqua che chiedeva lumi alla tortura, che rifiutava la pubblicità all'accusato, ne limitava la difesa e lo condannava senza che conoscesse i motivi del giudizio. La negazione di tutti quei principii di diritto naturale che sembrano oggi sì elementari ma che sono trionfati dopo secoli e sforzi di pensatori, gettava un'ombra sinistra su tutta la giustizia. In verità anche in ciò vi è molta esagerazione, e gli eccessi erano determinati dalla lotta contro la grande criminalità e dalla debolezza dei pubblici poteri nella repressione: e nello stesso tempo la gravità delle pene e l'illogicità delle procedure erano attenuate da altrettanta debolezza esercitata colle pene straordinarie, le composizioni, gli indulti. Ma pur tenuto conto di tali circostanze, è certo che il procedimento criminale era viziato nelle direttive essenziali e che abbisognava di riforme radicali. Tanta severità non si può rivolgere al civile, che ebbe difetti di forma ma non di sostanza.

Digitized by Google

Infatti richiamando alla memoria le forme a cui il procedimento civile arrivò nel sec. XVI, parci che l'efficienza della civiltà italica sia stata sempre immanente a renderlo se non il più agile certo il più idoneo strumento in servizio del diritto e della giustizia, tanto da poter dire che sempre in Italia siasi sentito essere interesse pubblico avere una buona giustizia. Il giudice fu sempre riguardato il primo funzionario dello Stato, e le supreme magistrature che erano investite di funzioni legislative, furono circondate dalla più alta considerazione.

Da ciò i requisiti del giudice fino dal primo grado. *Iudex illiteratus repellitur*, dice Grazia (1); e, oltre la dottrina, la *discretio*: e anzi si tiene più a questa che a quella, *et hoc vidi de consuetudine observari*; e Grazia così continua: devono aver sempre Dio davanti agli occhi, senza riguardo a persona, posposta ogni grazia, amore e odio e procedendo per la via regia. Per assicurarne l'indipendenza vuolsi che sia forestiero, e lungi da lui deve essere il sospetto che sia stato scelto *per mendicata suffragia* (2). Durante a più riprese insiste sui doveri del buon giudice (3). La carica all'epoca comunale doveva essere ambita se vedonsi i maggiori glossatori e commentatori aver coperta la carica di giudice, malgrado la temporaneità, l'incomodo di spostarsi dalla patria e l'indecorosa retribuzione colle sportule pagate dai litiganti, le quali nemmeno erano corrisposte nelle cause sommarie e delle persone miserabili (4), e poi variavano secondo la consuetudine locale (5). Questa assenza di stipendio, che durò fino al sec. XVIII, dovè produrre gravi inconvenienti e circondare l'amministrazione della giustizia se non di disistima almeno di diffidenza; vizi accresciuti dalla non stabilità dell'ufficio, dalla nomina fatta dall'autorità politica, cioè dalle fazioni nel periodo comunale e dai signori e sovrani assoluti nel periodo seguente: ma sempre minori da quelli causati dalla venalità ed ereditarietà della carica, introdotte in Francia nel 1607 per misura generale e permanente. Se si ebbe in Italia decadenza nella scelta dei magistrati, ciò si

(1) *De iudic. ordine*, tit. I, § 1 e 2; BENEDICTUS DE YSERNIA, *Glossae*, n. 126, in *Iuris interpretes saec. XIII*, ed. MEYERS, 1924, pag. 53.

(2) BARTOLUS, l. ult., Dig. de offic. assess.

(3) I, de iurisd. omnium iudic.; I, de iudice deleg., § 8, n. 18; I, de teste, § 11; I, de dispens., § 4.

(4) BALDUS, in Auth. generaliter, Cod. de episc. et clericis, I, 3.

(5) Id., l. 1, Cod. mandati, IV, 35.

Digitized by Google

verificò in special misura dopo il sec. XVI, nel periodo delle dominazioni straniere e dell'assolutismo politico: decadenza da cui non andarono immuni le Università. Quindi devesi attribuire a cause politiche se dalle mani dei migliori non fu impugnato quel *baculum iustitiae* che Bertaldo voleva nei giudici veneti (1).

La responsabilità penale e civile del giudice era stabilita in un modo forse più efficace che non sia raggiunto dalle leggi moderne, per virtù del sindacato, cioè dell'azione popolare, e Paride del Pozzo non lo eccettua dall'indennizzare il danneggiato da sentenza ingiusta, o quando *fit litem suam*, non da quelle cassate in appello se è escluso il dolo (2). I proceduristi posteriori lo ritenevano in colpa *male iudicans per imperitiam*, perchè non deve accettare un onere impari alle sue forze, e quindi lo condannavano a rifare danni, interessi e spese alla parte: scusanti erano la varietà delle opinioni e l'aver seguito consiglio di sapiente (3). E pene se era negligente, se denegava giustizia, se lasciava scorrere i termini per sentenziare, ecc. (4), senza dire della distituzione, carcere, infamia se faceva mercato del suo officio.

Tali controlli elevavano la giustizia a suprema funzione di Stato nell'interesse pubblico: ed altre guarentigie erano formulate in quello delle parti, come la loro audizione immediata (voluta dalle leggi ma nel Napoletano non osservata, affidandosi agli scrivani il raccogliere interrogatori) e lo svolgimento completo della lite presso lo stesso giudice. In molti statuti era prescritto che il giudice annuo continuasse in carica finchè non avesse esaurito tutte le liti iniziate, o che due mesi prima dello scadere non accettasse nuove liti. Non parliamo delle 84 cause di suspicione che può elevare la parte (5): e dove finivano le leggi ci-

---

(1) *Splendor consuet. venet.*, prologo.

(2) *De syndicatu* in *Tract. univ. iuris*, t. VII, f. 227.

(3) MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicum quaest.*, caso 335; PACIUS IORDANUS, *Locubr.*, vol. III, pag. 48. E qual pena se con sentenza ingiusta si era eseguita condanna capitale?

(4) MENOCHIUS, casus 341, 342, 571. Al caso 514 esamina quanto lecitamente possa prendere dalle parti per arrotondare lo stipendio, come sia lecito a lui aumentare le tariffe antiquate; quali doni accettare di cibi da consumarsi (caso 342) in due giorni nello Stato pontificio, in tre nel Napoletano (NOVARIUS, Pragm. 139, 140).

(5) Sono riferiti da TUSCHIUS, *Concl.*, lettera S, concl. 906. Sulle ricuse un tit. speciale scrisse ANT. DE BALLIS, *Tract. varii criminales*, Palermo, 1646, pag. 203 e segg.

Digitized by Google

vili a dar norme per una buona, corretta giustizia, veniva in sussidio la teologia morale che elencava 30 casi in cui i giudici peccavano *mortaliter* (1).

§ 2. *La libertà delle parti.*

2. In quanto all'attore e al convenuto il principio è la libertà di disposizione: i soli freni erano il giuramento di calunnia, le cauzioni, le fideiussioni, i pegni di persistere nella lite fino al termine (2): freni di cui si riconobbe la insufficienza, e una *tenacissima consuetudo* li mise presto in disuso, sostituendoli con altra ombra vana, la *cautio iuratoria*: giuro che non posso trovare un fideiussore (3), anche essa abolita dalle leggi e pratiche posteriori (4) che cercarono salvare i soli pegni *propter expensas* e le decime da pagarsi ai giudici (5).

Altre guarentigie volevansi trovare nel giuramento che in ogni stadio della lite una parte poteva chiedere all'avversario: così speravasi rimuovere le molestie giudiziarie dei potenti contro i deboli (Modena, 1327, IV, 243): vana speranza tanto era comune lo spergiuro. Tale significato aveva il divieto di cedere le azioni ai potenti, alle persone privilegiate e alle ecclesiastiche, e di cedere senza il versamento di somma equipollente (6).

Questi freni nulla toglievano alla libertà giuridica, cioè di disposizione e difesa. Tutte le azioni potevansi presentare per mezzo di procuratori e sostenere coll'ausilio di avvocati. Degli uni e degli altri l'assistenza era inevitabile in un procedimento oscuro, complicato, svolgentesi in latino, così misterioso come il

---

(1) BONACINA, *Opera moralia*, vol. II e III, Milano, 1678. È notevole come gli scrittori, compresi Muratori e G. Aurelio di Gennaro (*Respub. iuriscons.*) abbiano rivolto le loro censure più contro gli avvocati che contro i giudicanti. Lo spagnolo gesuita MOLINA (*De rege*, lib. I, c. 2) scriveva: *leguleiorum stabulis repurgandis nullius Herculis vires et industria sufficiunt!*

(2) PILLIUS, I, § 1; TANCREDUS, II, 14; DAMASUS, tit. 1.

(3) PILLIUS, l. c., *has cautiones nostris temporibus praestitas non vidi*; TANCREDUS, II, 15, § 2; GRATIA, II, 1, § 4. IOAN. BASSIANUS, in SAVIGNY, III, pag. 439.

(4) BALDUS, in Auth. generaliter, Cod. de episc. et clericis, I, 3.

(5) DURANTIS, I, p. IV, de salariis, § 1, n. 9; II, p. III, de expensis, § 1, n. 8; TANCREDUS, II, 15.

(6) Al sec. XVII non si ammetteva più l'eccezione di *cessio in potentiorem*, fidandosi nella indipendenza dei giudici e nell'eguaglianza di tutti davanti alla legge.

Digitized by Google

rito della Chiesa (1). Ecco la ragione dell'importanza acquistata in Sicilia dai ceti forensi; ecco perchè il procuratore potevasi veramente dire *dominus litis*, tanto che egli senza speciale mandato era investito della facoltà di recedere, transigere, prorogare, appellare (2), e il mandante doveva tenere *pro rato* le sue gesta, e in pochissime evenienze era autorizzato a revocarlo (3).

Perciò più che l'attore o il convenuto devesi considerare questo *dominus litis*, che tale diveniva il procuratore dopo la *lit. cont.* (v. sopra, pag. 218), cioè dopo che il rapporto processuale si era costituito, secondo il diritto romano, sul nome di lui, al punto che la sentenza era pronunciata contro il procuratore, e poi trasferivasi alla parte colla *translatio iudicii*. Anche quando in Italia cadde il significato contrattuale della *lit. cont.* e il processo fu tolto dalla sfera privata per metterlo alla dipendenza del potere giurisdizionale, cioè dello Stato (4), fu mantenuto il principio che il procuratore acquistasse il *dominium litis per narrationem actoris et per responsionem rei*, ossia per quello che era la finta *lit. cont.*: e con quel narrare e rispondere si attuava la sua costituzione in giudizio. È chiaro che *dominus litis* non voleva significare *dominus rei vel actionis* e che le sue facoltà erano contenute *quoad exercitium causae* o *instantiae* (5); ma anche in questa sfera egli poteva trascinare il mandante estraneo allo svolgimento del processo ed ignaro delle eccezioni, incidenti, proroghe,

---

(1) Per le Costit. di Sicilia, I, 97, II, 24, le parti dovevano essere rappresentate da procuratori e assistite da avvocati.

(2) DURANTIS, I, 3, de procur., § 3; ROGERIUS DE PERUSIA, *Ars notariae*, c. 3, ed. GAUDENZI, 1890; DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, forma resp. rei, pag. 82: *procur. generalis ad agendam causam*, ecc. E negli statuti dicesi il procuratore essere *ad omnes lites et articulos litium principalium et appellationum et ad omnia*, ecc.; Stat. di Bergamo, II, 61; Brescia, II, 59; Cesena, pag. 11; Carpi, 1353, ed. 1887, pag. 5.

(3) A Genova (III, 9) era revocabile anche dopo la *lit. cont.*, il che non ammettevasi a Lucca (I, 33) quando il giudice ne avesse legalizzata la costituzione. La revoca facevasi con atto notarile. Effetti rilevanti e diversi avevano gli atti del procuratore secondo che compiuti prima o dopo la *lit. cont.*; v. BARTOLUS, ad l. 37, Dig., III, 3 vol. I, pag. 106; MARANTA, IV, dist. XVI, n. 54.

(4) Come già si è detto, la lit. cont. nel procedimento italiano non era un contratto, ma solo l'impegno del convenuto di rispondere all'attore.

(5) Gloss. ad l. 23, Cod., II, 13; BARTOLUS, ad l. 4, § 5, Dig., XLIX, 1; ALBERICUS DE MALETIS, *De testibus*, nel *Tract. de test.*, Ven., 1568, pag. 427: *proc. sit dominus instantiae; dominus possit uti iure instantiae sine cessione.*

Digitized by Google

gherminelle formulate in lingua incompresa, laddove non voleva giungere. Il procuratore era l'artefice principale della lite.

Tuttavia, sebbene la pratica avesse posto fra giudice e parte un intermediario investito di tanti poteri, la dottrina non aveva rinunziato a quello che è detto immediatezza nell'audizione delle parti, cioè loro interrogazione pel ministero diretto del giudice (1). Si nota giustamente che tutto ciò che allontana la parte dal giudice nuoce alla pienezza e all'esattezza della sua audizione. Tale contatto non bene assicurato dal meccanismo delle moderne procedure (2), fu considerato come opportuno, sebbene ad arbitrio del giudice, tanto dai proceduristi italiani del 400 (3) che da quelli del 700, i quali reagivano contro le pretese *quae quotidie sonant in ore pragmaticorum* in favore delle illimitate facoltà proprie del *procurator ad lites* (4).

3. La vera piena libertà è nell'avvocato che muove il telaio processuale, formola il libello, prepara le posizioni, articola le prove, eccita le eccezioni, propone gli appelli e le nullità; e sopratutto controverte coi giudici, scrive le allegazioni, disputa cogli avversari, perora nelle aule pubbliche. La sua eloquenza è pregiata e pagata. La sua parola è libera: e come debba usarla, egli può apprenderla da trattatelli in uso nei tribunali fin dal sec. XIII. Tale fu il *Libellus de praeludiis causarum* del modenese di Uberto di Bonaccorso (ed. 1543), e scritti di tal genere ad uso della *militia* togata si ebbero pei secoli posteriori; per es. quelli di Ala sull'avvocato cristiano, di Caccialupi, Magonio, Ursello sui doveri, diritti e privilegi degli avvocati.

In tutti gli scritti di procedura è insegnato come l'avvocato debba valersi di tale libertà e quali ne siano i confini. Parli a sua voglia, esponga tutte le sue ragioni con piena libertà, ma non sia *procax et certans obbrobriis*, insegnava Durante (I, 3, de advoc.): prenda a cuore la difesa non mostrando però di *postulare pro vili stipendio*. L'avvocato è un sacerdote e un milite: sia decente nel vestire, contenuto, parco, non iracondo nella parola:

---

(1) DURANTIS, II, de interrog., § 1 e 2; I, de teste, § 6; II, de position., § 7; PILLIUS, II, 11; TANCREDUS, III, 3.

(2) CARNELUTTI, *Diritto processuale civile*, III, § 206.

(3) P. DE FERRARIIS, forma respond., pag. 82; forma posit., pag. 110; MARANTA, IV, dist. XVI, validum et invalidum, pag. 224, 228.

(4) DE ROSA, *Praxis civilis*, pag. 49. L'espressione di *dominus litis* non trovasi nella prassi di Muscatello, Sorge, Sola, ecc.

Digitized by Google

comincino i più giovani, seguano i vecchi: non dia luoghi a richiami per la soverchia loquela (*garrula pica, tace*): *orans seu postulans in iudicio non debet sedere sed stare.* E dopo tali istruzioni, scrive: *de exordiis et arengis advocatorum,* e pone in guardia contro le *procelle dell'eloquenza* di chi fa a fidanza nella voce sonora, nel discorso abbondante, nelle citazioni di testi a danno dei fatti.

Pare che nell'età comunale l'ardore nella difesa fosse poco contenuto da siffatti precetti, e seguisse le tendenze di violenza dell'epoca. Una legge sabaudo-piemontese parla *de iniuriis datis coram iudice* (1); uno statuto deve reprimere gli avvocati che valicano la stanga per accostarsi irrispettosi al giudice (2). Il galateo per l'avvocato composto da Bonaguida di Arezzo nel 1255 insiste perchè sia *discreto,* parli al giudice in piedi, *inclinato capite et extracto birreto vel capuccio,* con voce moderata; abbia un contegno affabile, lieto, umile e benevolo: *caput, manus vel pedes non ducat.* Si astenga dalle blandizie, non desideri applausi. Quali esordi debba tenere per conciliare l'animo dei giudici Buonaguida si incarica indicare e ne propone 26, sia per l'avvocato dell'attore che per quello del convenuto: *cognoscite, d. iudex, illos qui producunt ventos et educunt nubes:... cum aliquis iniquam fovet causam conatur eam sub cuiusdam coloris imagine palliare.* Poi passa a indicare le cautele dell'avvocato e ne elenca 24: si assicuri che la causa è buona, che vi sono prove, non prometta vittoria, si associ altro collega, ecc. Finalmente gli mette sotto gli occhi i modelli pei vari atti. Della libertà si valga non per *causam extenuare, fugere, diferre,* si presenti alle ore fissate, non chieda inutili rinvii. *Hodie malitiosi advocati proponunt unam dilationem et cras aliam* (3); e se non bastassero quelle che sanno, vi sono trattati che le insegnano: alla fine di essi l'autore prova rimorso e avverte: *generaliter in rebus pessimis gloriantur advocati quorum*

---

(1) Stat. di Pietro II, c. 6, ed. NANI, pag. 38.

(2) Stat. di Montalboddo, 1366, ed. MENCHETTI, 1913, II, 5 e 5: non dire *verba inverecunda et iniuriosa*; *non intrare intra stangas banche iuris*; non portar via *temperatorium, calamarium vel pennam.*

(3) La Somma di Bonaguida è negli *Anecdota* di WUNDERLICH, pag. 161. Trattatelli analoghi di De Deo e di Bagarotto sono in appendice alla ediz. di Durante, Ven., 1566; altri nel IV vol. dei *Tract. univ. iuris*; e nel vol. III, f. 362 v. POLITUS, *Tract. de officio advoc.* Cfr. in questi sensi DURANTIS, I, 2, de disput., § 1; II, 1, de except., § 2; de dilat., § 1, n. 3; GRATIA, II, 9, § 5.

Digitized by Google

multorum deus venter est et dicere: ego distuli causam per duos annos. Advocati reddituri sunt rationem in die iudicii de hoc quod commiserunt in re principali et in except. dilatoriis (1).

4. Nei secoli passati la vita era più lieta ed il tempo avanzava, tanto che era ammissibile che gli avvocati parlassero per settimane. Dalle Costit. sicule che assegnavan due giorni alle dispute si era arrivati a Napoli a discussioni che duravano 14 giorni; e parve una disposizione rivoluzionaria quella del 1709 che limitò la facoltà di parlare a 2 giorni, e più ancora nel 1738 a una sola mattinata per l'avvocato dell'attore e a un'altra per quello del convenuto, limitazione tosto distrutta dalla seguente eccezione: « non bastando tal tempo continuare il discorso a casa del giudice e nelle cause di sommo rilievo parlare per più giorni » (2). Così il governo concedeva i lucrosi ludi del foro, come ad altri i magri poetici e filosofici delle accademie. Venezia non accordava che 90 minuti ad ogni avvocato, e non ve ne poteva essere che uno per parte, così anche nel Friuli: ma a Napoli e in Piemonte, 1655, se ne accordavano due, a Firenze tre.

Il numero eccessivo degli avvocati (3), la natura della professione li spingeva a cercare nel groviglio delle leggi come prolungare la lite tanto che « il creditore è forzato di lasciar di domandare il suo credito, stanco di tante lunghezze, o è costretto a condurre il giudice a suo costo nelle più lontane parti del regno con grandissime spese e disagi » (Pramm., 1608). Poi le suppliche di *verbum faciat* per avere dilazione quinquennale e supersessorie e salva-

(1) *Libellus de cavillationibus*, estratti pubblic. da BETHMANN-HOLLWEG, III, 150. Nell'Italia meridionale, dove anche il diritto longobardo era elevato al grado di *ius comune*, gli avvocati vi ricorrevano per sorprendere gli avversari. Narra ANDREA DA BARLETTA (*Contrarietates iuris civilis rom. et longob.*) che un *advocatellus qui tenebat absconsum subtus capam* il libro delle leggi longobarde, lo trasse fuori e vinse la causa facendo sì che *ille magnus advocatus remansit frigidus et verecundus*. Dice anche come *vidit saepe magnos advocatos in iure romano valde expertos verecundatos a minimis advocatis ius long. scientibus*: ma quante volte si dovè verificare il caso inverso, e il piccolo causidico che invocava le consuetudini fu soverchiato e deriso dal dottore e dal giudice pavoneggiantisi colla sapienza romana (vedi SALVIOLI, *L'uso della Lombarda presso i glossatori e i giuristi del sec. XIV*, nel vol. in onore di Fr. Schupfer, II, 1898).

(2) Pramm. 1738, § 1, n. 80. Per le riforme napolet. pel rito nel secolo XVIII vedi DE SARIIS, vol. XI.

(3) Si cercò di fare l'albo chiuso in Piemonte, sec. XVI, in Sardegna, 1751, nel Regno italico, 1808.

Digitized by Google

guardie per crediti falsi e simulati, con carte non pertinenti, con respiro di qualche tempo in virtù del decreto: *non ponatur in libro Inferni, donec visis scripturis extra bancam aliter fuerit provisum* (Pramm., 1632).

Mali vecchi indarno curati (1): ne era inquinato tutto il giudizio. Gli antichi processualisti non tacciono il mal uso della libertà e le innumerevoli astuzie (2). Ma non era loro la colpa, quando per es. le ragioni per cui la competenza poteva mutarsi, dalle 22 elencate da Durante erano state portate a 52 da Maranta (IV, 1) e a 119 da Scaccia (c. 40), quando il frequente silenzio della legge era colmato dalle opinioni dei consulenti accreditanti qualunque tesi. A Venezia, che aveva cercato realizzare rito semplice e spedito (3), che aveva vietato reiterare le comparse, tutto si spuntò contro una *licenza così rilasciata*, contro una maniera di *invehire con sensi liberi ed arditi quasi in forma di placito contro gli avversari, da unire agli interessi della roba li rancori degli animi, che potranno nascere gravissimi inconvenienti*. E a questi colpevoli di tal licenza si vietò l'esercizio dell'avvocatura (4). Scri-

(1) Stat. di Bologna, 1250, IV, 1, ed. FRATI, I, 389: *propter cavillationes advocat. calumniosas lites prorogantur* e prima di arrivare alla *lit. cont. labuntur sex menses et annus et biennium*, ordinasi che la lite sia contestata entro un mese. Cfr. Perugia, 1326, II, 15; Cremona, 1578, c. 380; Lucca, 1539, II, 8; Leggi piemont. di Amedeo VIII, 1423, c. 121; 1430, II, 121; Stat. di Jolanda, 1477, c. 3; Filiberto I, 1480, c. 3; Carlo Emanuele I, 1582, III, 2; R. Costit., 1723, lib. II, tit. V, 3; 1729, lib. II, tit. X, 6; 1770, lib. II, tit. IX, 5; Pramm. napol., 4, § 9, de dilationibus.

(2) DURANTIS, I, 2, de advocatis, § 9; II, de except. et replic., § 2, n. 20; de interrog., § 2, n. 14; TANCREDUS, I, 5, § 3.

(3) Solo a Venezia, dove le cause venivano giudicate sul fatto, dopo che gli avvocati avevano esposto le loro ragioni, non erano ammessi a ripeterle per iscritto: ciò favoriva la sollecita spedizione; bastava che fosse ottenuta la giornata per la trattazione, il così detto *pender*, ed era certo che in quello stesso giorno il giudice, esaminate le *stampe*, cioè le carte e gli strumenti partinenti alla causa, pronunziava la sentenza: FERRO, *Dizion. del diritto veneto*, voce *Processo*; FERRARI, *Ordin. giudiz. a Padova*, 1915.

(4) Leggi criminali del dominio veneto, pag. 144. A minori intrighi ricorrevano gli avvocati toscani: mancie ai custodi per passar prima degli altri (CANTINI, VII, 412, an. 1571; XIX, 90); ma anche agli Auditori dovè vietarsi ricever mancie: id., II, 151 e XXVIII, 142; e nel 1590 furono vietate le sportule: XIII, 152, e fu imposto ai giudici non pigliar denaro pei decreti: XV, 12, an. 1614: nè regali di robe etiam mangiative tanto avanti che dopo la sentenza: XIX, pag. 97, an. 1678; mali così diffusi da doversi pubblicamente reprimere.

Digitized by Google

veva Galanti nel 1790: « A Venezia si discute nei tribunali con un chiasso degno di più malcreata plebaglia » (1). Invece a Milano « gli avvocati han ricevuto una direzione dal Governo: l'avvocato convinto di mala fede è cassato: qui i tribunali sono quasi deserti, e sono gli oggetti meno sensibili dell'attenzione dei viaggiatori » (id. I, p. 121). Non tornei oratori ma solo allegazioni scritte.

Corrispondente alla tendenza di accrescere l'*officium iudicis* cioè il suo potere di iniziativa e di controllo, manifestasi dopo il sec. XVI quella di disciplinare l'attività degli avvocati nei vari stadi del giudizio (2), di indurli a concludere colla monizione (3), di concedere la parola a uno solo anche se tre e più potevansi presentare alla sbarra (4). Il Senato piemontese nei suoi *Ordinamenti all'osservanza che devono gli avvocati*, voleva che « mentre il Senato si prepara per sedere gli avvocati tra loro converranno del fatto, acciocchè disputando non si habbia da far altro che decidere in iure: mancando a ritrovarsi gli sarà dato difetto e danno per le spese » (Sola, pag. 573). La stessa cosa si era ordinata a Napoli nel 1702 coll'*appuramento dei fatti* da convenirsi fra gli avvocati in casa del giudice, al che poteva tosto seguire la *citazione a cogliere* riassumente l'istanza e chiedente la sentenza. Così risulta che non si può imputare alle leggi se a Napoli la giustizia sollevava biasimi anche severi (5). L'accentrarsi nella capitale dei maggiori tribunali aveva elevato la classe forense a tale posizione privilegiata che ne abusò: ma si dica nello stesso tempo

---

(1) *Testamento forense*, II, 122, forse esagerato. MAFFEI, citato da FERRARI GIANNINO, *I contraddittori nelle magistrature di appello di Venezia*, in *Nuovo archivio veneto*, XIX, 1910, ricorda i grandi saggi di naturale e studiata eloquenza dei Contraddittori, alla quale non doveva essere inferiore quella degli avvocati. Nella *Summula stat. venet.* di A. Dandolo, ed. GENUARDI, *N. Arch. ven.*, 1911, al § 8 *de poenis perdentium placita*.

(2) Stat. di Reggio, 1582, II, 14; Rovereto, 1425, c. 14; Roma, 1580, I, 60; San Marino, pag. 203.

(3) Stat. di Verona, 1582, II, 115.

(4) Leggi toscane del 1569, 1588, 1642, in CANTINI, V, 16; VII, 187; 412; XII, 117.

(5) I vizi dei tribunali napol. sono ricordati da PONTANO, *Charon.*, 34, e da ALESSANDRO D'ALESSANDRO, *Dies geniales*, f. 107; vedi GOTHEIN, *Rinascim. nell'Italia meridion.*, 1915, pag. 31. GALANTI, I, 177, e MANNA, *Foro napolet.*, scrivono che correva voce vincersi le cause non per le buone ragioni, ma per *condotta*, cioè per l'abilità dell'avvocato di impadronirsi dell'animo del giudice.

Digitized by Google

a sua lode e merito che fu il semenzaio della *civilità* cioè della borghesia intelligente, che essa rappresentò la pubblica opinione contro gli arbitrii del governo, che essa diede i più efficaci propulsori alla repubblica partenopea del 1799 (1).

§ 3. *Guarentigie nel procedimento criminale.*

5. Il severo giudizio formulato nel principio di questo capo non ci deve dispensare dal notare quanto fu salvato nel rispetto della personalità umana. Al tempo di Gandino la citazione non traeva seco la cattura, e chi si presentava e dava fideiussori era lasciato in libertà (2): nè ripetiamo quello che si è detto sulla fama, il notorio, la natura degli indizi che devono precedere la citazione e l'inquisizione: si può dire che alla formulazione di tali requisiti sono quasi esclusivamente consacrate le opere dei criminalisti del sec. XIV e XV. La *Practica criminalis* di Follerio (1590) contiene i seguenti capitoli: sul giudice che deve aver tutte le virtù perchè il volgo non dica: *o bella iustitia have havute le maze et le cepolle* (pag. 10): *capiat informationem*: *audiantur excusatores* (pagg. 61 a 123): *repetantur testes*: *recipiantur defensiones*. La difesa manca nel periodo istruttorio, e a Napoli il giudice poteva procedere oltre senza attendere la presentazione dei testi a difesa (id., pag. 278) pei quali, secondo Angelo, si potevan chiedere quattro dilazioni (pag. 37). Però Durante (IV, de procur.) era favorevole alla costituzione di procuratore fin dal momento della citazione: e nel procedimento napoletano ogni imputato presente o contumace e bandito aveva diritto ad avere un procuratore (3).

Buone intenzioni di scrittori abbondavano, ma annullate dal segreto e dall'arbitraria valutazione delle prove e degli indizi che conduceva l'imputato indifeso, impreparato ai tormenti della tortura. La sua decisione dipendeva dalla resistenza fisica che sa-

---

(1) CROCE B., *La rivoluzione napol. del* 1799, 3ª ediz.

(2) ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, v. quod fama, pag. 82.

(3) Ritus M. C., 210; Const. reg. sic., I, 38, 65; Cap. Roberti, 5, eodem studio (non un procuratore, ma un sindaco, se gli imputati sono più di 10). Anche nei reati punibili con relegazione: MILLEUS, *Practica crimin.*, Ven. 1549, pag. 10 e 17, e nei delitti lievi, pag. 150, e quando *civiliter de crimine agitur*, id. E nelle pene capitali quando l'accusa o l'inchiesta è nulla: CARRERIUS, *Pract. crim.*, Ven., 1548, pag. 11; FOLLERIUS, *Practica crimin.*, Ven., 1590, pag. 42, 61, 135, 417.

Digitized by Google

peva opporre. La confessione così estorta, assieme agli altri atti dell'istruzione ormai chiusa, era comunicata al difensore (1), che da questo momento entrava in scena. Quale fosse la sua azione è appena accennato: Gandino dice che deve essere più cauto che nelle liti civili, cercare di essere benignamente ascoltato, cominciando con lodi alla persona del giudice, poi esporre i fatti, rettificare l'accusa, trattare del diritto (2). Dopo lui di avvocati non si parla ma di procuratore che può intervenire in pochi casi, per es. ad opporre eccezioni contro l'accusatore e di suspicione al giudice, ma *regulariter non admittitur* (3). Non essendovi pubblicità di discussioni, erano solo possibili allegazioni scritte: ed in queste riducevasi la difesa esercitata quando la sorte dell'imputato era quasi decisa, cioè quando il giudice coi suoi mezzi aveva compiuto l'informativo sopra le deposizioni dei testi fiscali e degli ufficiali denunzianti. In questa prima fase il giudice poteva anche trascurare ciò che sarebbe risultato a difesa: *testes ad defensam non scribuntur*, insegnava antico brocardo. Vero è che a questo punto il giudice chiedeva all'imputato se avesse avvocato, e in caso contrario doveva destinargli l'avvocato dei poveri: ma col difensore non comunicava durante gli interrogatori e finchè era tenuto nelle carceri segrete, ma solo dopo il loro esaurimento e quando era posto *ad largam idest in publicis carceribus inferioribus* (4). Breve doveva essere la segregazione (3 giorni a Roma, secondo bolle di Paolo III e IV, di Pio V, 1562: di 5 giorni a Orvieto, di 10 a Napoli): ma nello stesso tempo lasciavasi arbitro il giudice di prolungarla secondo la qualità della causa e la pena minacciata (5). All'avvocato dovevasi dar copia degli atti processuali, colle deposizioni dei testi, colle risposte dell'imputato prima e durante la tortura: ma nelle cause ereticali e in quelle sospette *ob potentiam reorum* usavasi celare il nome dei testi.

Buone intenzioni piucchè serie guarentigie erano destinate a restare gli elenchi delle innumerevoli eccezioni mosse contro i

(1) Ritus M. Curiae, 157, 158; Pragm. 8, de actuariis, 1560; Pragm. 10, 50, de offic. iudic. Così CARTARIO, FOLLERIO, pag. 278; MARADEI, *Praxis crimin.*, I, c. 13; DE ROSA, I, c. 32.

(2) Qualiter advocati, pag. 276.

(3) FOLLERIUS, pag. 374.

(4) HYPOL. DE MARSILIIS, § nunc videndum, n. 15.

(5) CHARTARIUS, *Praxis crimin.*, Ven., 1590, pag. 94.

Digitized by Google

vari atti giudiziari dai criminalisti antichi e da Claro, Farinaccio, Follerio, Maradei, ecc., e più specialmente descritte e raccolte sull'enorme casistica dal tifernate Seb. Guazzini autore di un trattato in 2 vol. *Ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum, condemnatorum* (2 vol., Ven., 1639, 6ª ediz.) e dal modenese G. B. Scanaroli nel *Tract. de visitatione carceratorum* (Roma, 1655, 1653), la prima opera sulle discipline carcerarie (1). Entrambi invocarono i sacri diritti dell'uomo per salvarsi dalle spire di un'accusa imprecisa, da una cattura illegale, da una carcerazione senza giudizio, e anzi fanno obbligo all'avvocato di mettere in opera tutti i mezzi per combattere le prove, proporre le ripulse contro i testi sospetti o falsi o reticenti, distruggere le accuse dando rilievo alle omissioni, inesattezze, irregolarità esistenti nell'*in genere*, nella prova generica, nel difetto di competenza, nella errata qualifica del reato, nella legittima difesa, nelle formalità non osservate. L'avvocato doveva esser libero in tutto ciò, e i testi da lui presentati non potevano essere rifiutati dal procutatore fiscale. Egli preparava i motivi per gli appelli, a Venezia ordinati in tal modo favorevole pel condannato che bastava il voto di uno solo dei tre Avvogadori per *intromettere*, e il voto di lui era ascoltato quale quello di avvocato presso i Consigli per ottenere *spazzo di taglio* (2). Tenui guarentigie certo dal momento che fra il giudice che aveva istruito e l'avvocato non vi era un organo sereno, imparziale. E questa era l'accusa che Beccaria, M. Pagano, Tomaso Natale movevano al processo criminale.

§ 4. *L'inviolabilità del domicilio.*

6. L'art. 753 del Cod. di proced. civ. ital. vieta l'arresto del debitore nella sua casa di abitazione o in qualunque altra senza speciale permissione in iscritto del presidente del tribunale. Altre norme in proposito sono sancite dallo Statuto del Regno (37, 45, 46). L'inviolabilità domiciliare ha in Italia i suoi lontani precedenti, che meritano di essere rilevati almeno in riguardo al procedimento. Che si abbia avuto una norma precisa ed uni-

(1) Nel vol. XI, p. I, dei *Tract. univ. iuris* vi è uno scritto di DE NOVELLIS, *De difensoribus omnium reorum*, pag. 216.

(2) GIAN. FERRARI, *I contraddittori nelle magistr. venete in appello*, in *Nuovo arch. veneto*, XIX, 1910.

Digitized by Google

forme in tutte le regioni e ben chiara tra violenza privata e atti pubblici di funzionari, non si potrà affermare, che anzi il diritto delle epoche passate è pieno di contraddizioni; il che è ben facile a spiegarsi, perchè non poteva rispettarsi la casa e farne un baluardo della libertà personale, laddove questa subiva affronti e iatture da parte di oligarchie faziose, di governi sacrati all'arbitrio e alla violenza. Che le popolazioni avessero il sentimento e il desiderio delle *immunitates in domibus* risulta dai patti con cui o si sottomettevano alle signorie od ottenevano franchigia (1): ma quanti strappi al principio! Il creditore poteva entrare nella casa del debitore e di sua autorità fare pignoramenti; così a Venezia nel 1242, a Torino nel 1360, nel Napoletano, in Sicilia: si parla appunto della facoltà di *saxire in domo propria authoritate* (v. sopra, pag. 640). A tali licenze si possono contrapporre altre vietanti invece l'ingresso non permesso: *de non intrando domum alienam contra voluntatem domini per hostium domus, dum hostium apertum manet* (2): e non parliamo delle leggi che colpiscono vere figure criminose, come l'ingresso di pubblici ufficiali ma a scopo di delinquere (3), l'ingresso furtivo con armi o senza, *insultus de die* o *de nocte* (4).

La dottrina antica aveva però fatto un passo avanti, perchè discostandosi dal diritto romano (l. 18 e 21 Dig. II, 4; l. 5, XLVIIII, 10; l. 103, L, 17) che si limitava a punire chi entrava con violenza in casa altrui e chi estraeva di casa alcuno per condurlo in tribunale, puniva chi, *invito domino*, ne violava la dimora; quindi qualsiasi *introitus temerarius*, anche senza *vis* o senza *impetus* era da essa considerato come *iniuria*, se non vi era stata violenza (5), o come *insultus* nel caso contrario (6). La pace della casa intende-

(1) Stat. di Susa, Declaratio Amadei IV, 1245, in *Mon. h. p.*, 14.

(2) Stat. di Montalboddo, 1366, ed. MENCHELLI, 1913, III, 32; Castro Aviano, 1403, c. 43; Perugia, 1342, ed. AZZI, III, 72.

(3) Stat. di Moncalieri, in *Mon. h. p. Leges*, 1399.

(4) Stat. di Ceneda, 1339, III, 94; Ferrara, 1567, ed. 1690, III, 80; Lodi, 1587, c. 54; Stat. Canavisii, Barbaia, I, 330; Balangero, 1391, I, 203; Caluso, 1510, II, 288; Chivasso, 1306, II, 137; Chiaverano, 1251, II, 288; Rivarolo, 1356, III, 130; Ozegna, 1451, III, 418; Pont, 1344, III, 77; Romano, 1515, III, 190.

(5) BONIFACIUS DE VITALINIS, *De maleficiis*, tit. de iniuriis, Ven., 1598, pag. 450; IACOBUS DE BELLOVISU, *Practica iudiciaria*, de iniuriis Lugd., 1526.

(6) ALB. DE GANDINO, tit. de multis question., n. 2, Ven., 1598, pag. 360;

Digitized by Google

vasi offesa per qualunque ingresso *domino prohibente*, e mentre il diritto romano non conosceva aggravante per ingiuria avvenuta in casa, questa aggravante — *qui insultat ad domum habitationis* (1) — fa punire come si trattasse di omicidio (2), raddoppia la pena (3): e le stesse conseguenze si hanno se l'offesa è recata nella bottega o nelle vicinanze della casa (4).

Da queste immunità della casa non fu difficile il passaggio a guarentigie di ordine processuale, che si conclusero nella regola: nessun privato e nessun agente *sine licentia iudicis, sine mandato ad capiendum, ad pignorandum* possa entrare nella casa altrui: passaggio lento al quale pure si giunse (5).

Nei giuristi del sec. XIV si legge: *non debetur extrahi debitorem per vim de domo quia in causa civili non debet quis de domo capi, quia domus propria unicuique tutissimum refugium esse debet* (6): e si aggiunge che entrare in casa di altri da parte di un privato o di un agente pubblico *sine mandato iudicis*, e poi sempre da chicchesia per debito civile è *sacrilegium* (7). Le leggi furono nello stesso senso: a Pisa nel sec. XIV era principio: *nullus possit capi pro debito in domo suae habitationis nec inde extrahi* (I, 165): e così a Firenze, Lucca, Pistoia (8) in leggi del sec. XV e XVI. A Bologna il divieto fu esteso all'orto e alla bottega (9). E tale immunità di fronte alla pubblica autorità non si restringeva solo

---

ed. KANTOROWICZ, pag. 398; BONIFACIUS, tit. de insultu, pag. 380; ANGELUS ARETINUS DE GAMBILIONIBUS, *De maleficiis*, v. fecit insultum, n. 3, Ven., 1598, pag. 107, 108.

(1) BONIFACIUS, tit. de iniuriis, n. 27, pag. 451.

(2) Stat. di Parma, 1255, pag. 271; Crema, 1536, III, 72; Alessandria, 1547, pag. 65.

(3) Stat. di Pistoia, pref. di Zdekauer, pag. XXXII; Chivasso, 1306, III, 137; Bologna, 1561, 1577, V, 2, r. 231; Cadore, 1545, III, 3; CYNUS, l. 2, Cod. IX, 19.

(4) Stat. di Lucca, 1559, IV, 20; Cadore, III, 31 (a due braccia di distanza); Ferrara, 1567, III, 80 (a 10 piedi); Firenze, 1415, ed. 1778, III, 80 (a 100 braccia).

(5) Stat. di Bergamo, 1727, coll. IX, r. 182.

(6) BARTOLUS e BALDUS, in l. nemo, Dig. de regulis iuris, L, 17; l. 18, plerique, Dig. de in ius vocando, II, 4.

(7) Così PIETRO DA ANCARANO, GIOVANNI DA IMOLA e ARETINUS, *Inst. de actionibus*, in l. ex domibus.

(8) Stat. di Firenze, II, 42; Pistoia, II, 34; Lucca, I, 117.

(9) Stat. di Bologna, r. 32, § 21; Belluno, II, 294; Reggio, II, 39; Bergamo, II, 33; Modena, II, 58; Ferrara, II, 23; Gubbio, II, 41.

Digitized by Google

al caso di arresto per debiti, ma anche alle citazioni civili. Bonifacio de Vitalinis scriveva: *si nuncius intraverit domum meam, me invito, et me citaverit, teneatur* (1): e Baldo (ad l. *plerique* cit.) legittimava la resistenza all'apparitore che vuole entrare in casa; salvo che la porta fosse aperta, corregge Giasone del Maino. Qui appare la fertilità di invenzione dei proceduristi nel suggerire espedienti per far giungere le citazioni nelle mani del citato (2), e, come poi si vedrà, per arrestare anche in casa propria.

Contro il debitore contumace per esercitare la *missio in possessionem bonorum*, e in fine l'arresto per debito, si poteva entrare in casa? Innumerevoli statuti lo vietano espressamente (3). La pace della casa protegge il debitore. *Nemo potest capi in domo suae habitationis pro debito, cum sit domus tutissimum cuique refugium* (4). Il creditore poteva *compellere realiter et personaliter* il debitore (5), *capiendi per fortiam ubique* (6), ma non entrare nella casa di lui, nè mandarvi esecutori per catturarlo. A mitigare le durezze dell'arresto per debiti si era rafforzata l'inviolabilità della casa, il *refugium domus*. Il debitore che si guardava dal metter piedi fuori di casa sua poteva vivere tranquillo e farla franca contro i suoi creditori che stavano all'agguato e colle cedole pronte di esecuzione personale. Ma ecco i giuristi cavillare sull'estensione di questo refugio. Lo si potrà catturare sulla porta? nelle scale esterne? nell'orto attiguo? nella stalla? Insomma quali sono i limiti dell'inviolabilità domiciliare? Ecco la questione. Gandino (7) e il de Vitalinis (8) esaminarono soltanto se il privilegio si estendeva al portico e alle scale: ma dopo essi Bartolo, Baldo, Angelo dei Gambiglioni, Ippolito dei Marsigli, e tanti altri non lasciarono alcun punto oscuro sull'estensione di questo *habeas corpus*. Giasone (alla l. *plerique*) raccolse tutte queste malizie cu-

(1) Ad l. 2, § 1, Instit., IV, 2.

(2) UBERTUS, *De citationibus*, Roma, 1688; BARONIUS, id.

(3) Stat. di Susa, 1245, in *Mon. h. p.*, 14; Padova, III, 2; Belluno, II, 294; Vicenza, 1426, I, fogl. 164; Bergamo, coll. III, 32; Cap. Caroli II, 1282.

(4) Stat. di Jesi, 1597, II, 29; Novellara, 1611, III, 8; Piacenza, 1560, I, 38; Modena (Provvisione e Decreti, 1540), foglio 140.

(5) Stat. seu constit. civ. Sesiae, 1547, II, 7, 10.

(6) Stat. di Como, *Mon. h. p. Leges*, II, 119.

(7) Tit. de poenis reorum, n. 41; de multis quaest., n. 2, p. 328, 361; ed. KANTOROWICZ, pag. 254, 397.

(8) Tit. de insultu, n. 4, p. 380.

Digitized by Google

riali e formulò dodici modi di ampliare il diritto della casa e quattordici per restringerlo. Notevole è la facoltà che egli dà di arrestare il debitore nella casa altrui se il padrone lo permette, e nella casa in cui abitualmente non abita. Più curiose sono le cautele che insegna per fare uscir di casa il debitore e catturarlo. *Habens debitorem qui nunquam exit de domo, et propterea non potes eum facere personaliter capi, debes procurare quod habeat aliquod officium publicum, nam poterit nunc extrahi de domo ad acceptandum* (perchè non lo può rifiutare) *et tunc extracto poteris eum capere. Habens debitorem, etc.... facias sive facere praeceptum sub poena applicanda fisco: nam si non comparuerit, poterit pro tali mulcta capi in domo, cum mulcta dicatur delictum et postquam fuerit captus pro tali mulcta, poteris facere eum recommendari in carceribus pro tuo debito* (1). Quest'ultima fu detta *cautela Bartoli*; e vi fu chi l'approvò e chi la combattè (2), ed è quasi inverosimile che chi la sosteneva non si accorgesse che poteva anche riescire inefficace finchè era dato di poter comparire per procuratore: e si aggiunga che al secolo XV per catturare in cause criminali, dice Giasone, non bastava la multa, ma volevansi indizi e tali da poter passare alla tortura.

7. Anche negli antichi tempi per le cause criminali la casa non era aperta a tutti gli atti dell'autorità politica. I mandati di cattura generalmente non davansi che dopo la condanna: come si è detto a suo luogo, non si imprigionava chi *sit paratus stare iusticiae* (3), *venire ad mandata* (4). Si citava di comparire *personaliter*, e di dare sicurtà di stare agli ordini del potestà (5). Le *franchisiae* rilasciate da' signori a certe terre e borghi contengono appunto esplicita conferma del diritto *ne quis capiatur vel pignoretur in domibus* (6) e queste *libertates* dei secoli XIII e XIV dovevano servire a mantenere in vigore la consuetudine consa-

(1) In l. 10, cum eo, Dig. XLVIII, 13, n. 3: *Et ideo est consilium quod quando debitorem tuum non potes facere capi, quia nunquam exit de domo, quod tu facias eum comdemnari de contemptu mandati et si criminaliter fisco tenetur, poterit capi in domo, qui pro criminali capitur, et sic poterit in domo capi. Et cum erit in carceribus, poterit ibi*, ecc.

(2) GIOVANNI DA IMOLA e PIETRO ANCARANO citato da GIASONE.

(3) Stat. di Susa in *Mon. h. p. Leges*, pag. 11.

(4) Breve et ordinam. com. Pistorii, 1284 (ed. ZDEK.), II, r. 207, 223.

(5) Id., lib. II, r. 68.

(6) Stat. di Susa, Declar. Amadei IV, an. 1245, in *Mon. h. p.*, pag. 14.

Digitized by Google

crata dalle leggi promulgate dai Franchi per l'Italia [1], secondo cui chi dava pegni o fideiussori non poteva essere catturato per cause criminali, salvo poi a essere messo in banno se si rendeva contumace. Questo diritto si riferisce certamente piuttosto alla inviolabilità personale che alla domiciliare: ma e l'una e l'altra sono sempre connesse, e il ricordarlo serve a spiegare alcuni punti relativi al privilegio di non essere tratto dalla casa se non dietro regolare *litera ad capiendum*. Secondo tali *franchisiae* e la consuetudine mandati di cattura non si spiccavano contro accusati o inquisiti di reato. Si mandava un nunzio *ad requirendum personam occasione maleficii* [2], cioè a tenersi pronto a comparire, a richiesta del giudice. Se non compariva, la si bandiva (Cons. Milano, I, 3, 5). Bartolo ed altri [3] e specialmente Gandino [4] attestano esser questa la pratica d'Italia contro i rei contumaci, divenuti per ciò solo confessi. Carcere preventivo non vi era. Bartolo dice *non ponatur in carcere nisi post condemnationem* (l. citata *plerique*).

Dal che desumesi che la *citatio realis propter criminalem causam*, in cui era lecito *capi et extrahi de domo*, non poteva emettersi che dopo la sentenza. E così l'intendeva Maranta quando scriveva potersi resistere colle armi a chi vuol citare *realiter* in casa, cioè arrestare: opinione contraria al diritto vigente al suo tempo e intesa nel senso che il mandato di cattura dovesse emettersi solo dopo condanna e allora solo fosse legale; e d'altra parte soggetta a discussioni, se riferivasi al diritto di resistere all'esecutore che non aveva mandato o le insegne, o agli estremi della giusta cattura, questioni che furono in gran voga nel sec. XVII [5]. Certo è che anche ai tempi di Bartolo la massima di voler condanna per procedere a cattura non era assoluta; ed egli non l'accolse dal momento che autorizzò il giudice in causa criminale a

---

(1) Carol. M., Cap. Longob., c. 4, an. 813; Hloth. et Hlodov., Capit. pro lege hab., c. 3.

(2) Breve com. Pistorii, II, r. 116.

(3) BARTOLUS, *Tract. bannitorum*, Lugd., 1511, f. 5; JACOBUS DE ARENA e NELLUS DE S. GEMINIANO, *De bannitis*, in MODIUS, *Rer. crimin. praxis et tractatus*, Francof., 1587, t. II.

(4) Quid sit agendum reo praesente, n. 3, pag. 304.

(5) SCACCIA, *De iudiciis*, I, c. 46; GUAZZINIUS, *De defens. reorum*, lib. V, c. 4 e 5; FARINACCIUS, *Pract.*, qu. 32; CABALLUS, *Resolut. criminal.*, cas. 8 e 132.

Digitized by Google

entrare in casa e catturare pria che il processo fosse istruito. Però già Durante (1) e meglio Angelo Aretino (2) avevano trattato della cattura e della licenza di entrare in casa: le loro dottrine, che furono accolte nelle leggi, suonano così: il giudice può procedere alla *citatio realis in domo*, cioè catturare il prevenuto di un reato quando la contumacia è accertata *solemniter*, quando *est permissa occisio*, cioè la pena capitale, e quando vi è sospetto di fuga (3). Siffatte condizioni, si intende, dovevano esistere *ab initio*. La regola restava quella formulata pure da Baldo: *non est incoandum ab executione* (4): ma le eccezioni eran venute: ed altre introdussero gli Statuti, come di incarcerare chi non dava cauzione o invocava l'*habilitatio per clamydem* (5) dando fideiussori (6) o chi era preso in flagrante (7). E poichè l'arbitrio del giudice era fin dal secolo XIV molto lato, finì che gli stessi giuristi che avevano posto quella regola, come Baldo, lasciavano libero il giudice di cominciare anche dalla cattura (8), cioè colla *citatio realis* invece della *verbalis*: e tale era la pratica al sec. XVI (9), non per i reati puniti con pena pecuniaria e le contravvenzioni (10) e nemmeno dove era ammessa cauzione *de stando et parendo iuri et solvendo* (11): e poi per la cattura volevasi che un giudizio fosse iniziato o per accusa o *ex officio* (12). Con mandato del giudice si

(1) III, De accus., v. *Quoslibet*.

(2) *Tractatus de maleficiis*, Ven., 1598, pag. 189.

(3) Stat. di Carrara, 1574, II, 3b; Torino, 1360, in *Mon. h. p. Leges*, 648; Genova, 1663, IV, r. 6; JASONIS, loc. cit., n. 12.

(4) In l. 22, per diversas, Cod. IV, 35.

(5) CARAVITA, *Ritus*, ecc., c. 44; MARANTA, VI; DE ANGELIS, *De habilitatione reorum*, Ven., 1705. Siccome non si potevano carcerare persone nei giorni festivi, così il giudice per tenere l'imputato a disposizione della giustizia poteva ordinare che desse cauzione *de iudicio sist.*, *de tenendo domum*, *palatium vel civitatem loco carceris* e affidandolo a un mallevadore colla *consignatio per clamydem*, coll'obbligo di presentarlo. Su tal rito vedi MARANTA, VI, de execut. sent., n. 8, pag. 543; DE ANGELIS, op. cit., e *Ritus*, 44, 162.

(6) Stat. di Ivrea, in *Mon. h. p.*, 1292.

(7) Const. r. Sic., II, 10; Cons. di Palermo, 9.

(8) Ad l. 21, Dig. II, 4. Cfr. Gloss. ad h. l. e ad l. 103, Dig. L, 17; PAULUS CASTRENSIS, *Consilia*, 37 e 38.

(9) BOSSIUS, *Tractatus varii*, *De citat.*, n. 4; *De sententiis*, n. 6, Ven., 1565, f. 72 e 316.

(10) Provvisioni, decreti, ecc. della città di Modena, 1544, pag. 19.

(11) Stat. Mattarellae Domi Ossulae, 1659, pag. 36.

(12) Stat. di Crema, lib. III, cart. 38.

Digitized by Google

entrava in casa (1) e si arrestava anche senza indizi (2). Ma i criminalisti del sec. XVI, come invasi da furore contro l'imputato e in ciò d'accordo coi governi dispotici, passavano sopra ad ogni regola e sostenevano l'arresto senza mandato (3), l'entrare in casa in ogni tempo: sarà una *captura indebita* (4); ma quella regolare soffriva, secondo le loro ragioni, tante limitazioni, che lo stesso mandato del giudice diveniva un privilegio del nobile, del *dives, gravis vel in dignitate positus* (5): e in tal senso sono i trattati speciali *de captura* pubblicati nel corso del XVII secolo (6).

8. Di tale peggioramento verificatosi nei modi di procedere nella cattura di indiziati o di inquisiti risentirono nel corso del sec. XVII anche i debitori, per i quali la casa non fu più il *tutissimum refugium*, e prevalsero contro essi tante eccezioni, potendosi *capere in domo* i debitori del fisco, i sospetti di fuga, i falliti, quelli obbligati per strumenti guarentigiati o camerali, ecc. (7); e così a Roma per bolle di Pio V, a Firenze e Siena nel caso di crediti giurati. In Sicilia non vi era rifugio pei falliti (8). E Scaccia formulò questa regola: se la porta è aperta, si entri e si catturi il debitore; se è chiusa, *prius debitor citetur ad tenendam portam apertam, alias mandetur aperiri per vim* (9). Solo pei debitori degli Ebrei la casa era *tutissimum refugium* (Jesi, II, 35).

In quanto alle perquisizioni, gli Statuti vi accennano a proposito di sorprendere giocatori (*de ludo*); e punivasi chi non apriva le porte agli agenti (Verona, 1450, IV, 50). I giuristi dicevano:

---

(1) LANCELLOTUS, *De officio potest.*, lib. I, c. 9.

(2) Costit. di Paolo III, an. 1540, in SCANAROLUS, *De visitatione carceratorum*, Roma, 1675, pag. 267.

(3) FOLLERIUS, *Pract. criminalis*, rubr. notatos capiat, Ven., 1590, pag. 33 e segg.

(4) BOSSIUS, *Tract. de captura*; SCACCIA, lib. I, c. 37 e 46.

(5) CLARUS, lib. V, § fin., qu. 28; BOSSIUS, n. 31; DECIANUS, *Tract. crimin.*, lib. VI, c. 26, Ven., 1614, vol. II, pag. 90.

(6) JOANNINI, *De citatione reali*, Ferrara, 1694; BRUNORIUS a SOLE, *Quaestiones legales*, Ven., 1588, qu. 30; PEREGRINUS, *Praxis vicariorum*, Ven., 1667, p. IV, sect. 6.

(7) Stat. di Brescia, 1470, ed. 1776, c. 125; Jesi, II, r. 39; Novara, 1583, I, pag. 7. Cfr. BOSSIUS, *De captura*, n. 87.

(8) MUTA, *Super Pragmat., De bancheriis*, an. 1527, tit. 73, Palermo, 1622, pag. 599.

(9) *De iudiciis*, p. I, c. 46; GUAZZINIUS, op. cit., def. 5, cap. 4; CONCIOLUS, *Resolut.*, voce *Birruarius*, c. 2.

Digitized by Google

in favorem publicum permittitur investigatio in domibus (1), senza parlare di flagranza o di ordine di giudice; salvo i soliti privilegi pei nobili ed ecclesiastici: e includevano nella sfera della *l. Iulia maiestatis* l'opposizione a tali visite, punibile ad arbitrio del giudice: peggio se trattavasi di bandito nascosto in casa altrui, e in qualunque giorno e ora potevasi entrare (2). Il giudice poteva far perquisire la casa altrui *etiam non citato domino domus* su richiesta del derubato, anche su lievi indizi (3); ma Durante e Angelo Aretino richiedevano da questo giuramento del suo sospetto fondato ed onesto e la esistenza di gravi indizi (4). Si deve arrivare ai tempi moderni per trovar regole sulle visite domiciliari e le perquisizioni (Cod. franc., 36, 87-89; Due Sicilie, 61-63; parm., 135; estense, 112; pontif., 203, 209).

Si può in conclusione affermare che solo il *praeco* o il *nuncius* muniti di *cedula ad exequendum, ad pignorandum, ad petendam tenutam* avessero diritto di visite e di entrare in casa; il che non toglie che tal diritto qualche statuto riconoscesse al creditore che, per es. a Pisa (Const. legis, 1231, c. 16) poteva penetrare in casa per pignorare mobili: così anche a Milano alla fine del Quattrocento (1498, II, 65): e a Padova (1482, II, f. 82) ove al creditore munito di pubblico strumento non potevasi opporre l'inviolabilità domiciliare. L'indirizzo politico tendeva a favorire procedimenti punto rispettosi della casa indifesa non solo davanti all'arbitrio delle autorità ma ad atti di privati, finchè un richiamo non venne dalla legislazione francese (*Cod. di proc. civ.*, 587) e dalla sua giurisprudenza che dichiararono violazione di domicilio l'atto dello stesso ufficiale giudiziario che voleva entrare in una casa abitata, della quale gli fosse rifiutata l'apertura della porta. Tale principio fu seguito dal Cod. delle Due Sicilie (677), dal parmense (772), dal Regol. pontificio di Gregorio XVI (1232), pei quali all'usciere che trovasse chiuse le porte e ricusa di aprire, facevano obbligo di mettere guardia e far rapporto al giudice o al sindaco; mentre l'estense (997) e l'italiano (596) la

(1) ANGELUS DE GAMBILIONIBUS, *Consilia*, 74, in ZILETI, *Consilia crimin.*, Ven., 1572.

(2) AL. TARTAGNA, *Consil.*, II, 24; HYP. DE MARSILIIS, *Singularia*, 225; BARTOL. CARPOLLA, *Consilia criminalia*, Ven. 1555, cons. 62, pag. 135.

(3) Così BALDUS, l. 1, Cod. VI, 1.

(4) DURANTIS, II, de instrum. edit., § dicendum. E così ANCARANO, in Clem., V, 5. E gravi indizi richiede FULGOSIO, in Cod. VI, 1.

Digitized by Google

facevano aprire dall'usciere stesso. In ogni modo, attraverso a incertezze e a contraddizioni — non essendo possibile in tanta molteplicità di leggi e varietà di tempi e costumi trovare una linea retta o concordia di norme, e la dottrina vagando per conto suo secondo le tendenze degli scrittori — un progresso si era svolto nel senso di impedire al privato, qualunque titolo avesse, di entrare nella casa contro la volontà del padrone per farsi giustizia, prendendo pegni. Si può quindi riconoscere che il senso giuridico italiano si andò di buon'ora affermando nel permettere l'ingresso nel domicilio privato soltanto ai ministri della pubblica autorità con licenza e mandato di essa (1).

(1) Così lo Stat. di Fiume, II, 18, 22, 47; III, 9; Corsica, c. 17 al 19, pag. 105. — Non entrano in quest'argomento le offese recate alla casa col getto di sassi e lordure, con pitture ingiuriose, ecc., severamente punite a Napoli (Pramm. 2, de iniuriis; SARNUS, *Practica crimin.*, I, c. 49; SCIALOYA, *Praxis foriudic.*, c. III), in Corsica (Stat., pag. 105) e ovunque, e invece non considerate dal diritto romano. I nostri criminalisti ne fecero un delitto innominato punito con pena arbitraria.

Digitized by Google

CAPO XVI.

I dati fondamentali del procedimento italiano

§ 1. *Italianità del procedimento.*

1. È questa la vera parola che dobbiamo porre alla conclusione della nostra storia. La denominazione di procedimento romano-canonico, comunemente applicata al rito formatosi in Italia dopo il sec. XIII e che poi la Germania e altri paesi dell'Europa centrale, prendendolo da noi, introdussero nei loro tribunali, è ingiusta e tende a spogliarci di un prodotto che ci appartiene. Che nel procedimento italiano abbiano confluito elementi di provenienza romana e canonica è fuori dubbio, ma esso non è una fusione, bensì un superamento; e se coll'uno e coll'altro ha comuni quelli che si dicono principii basilari o formativi, quelli essenziali in tutti i procedimenti, che devono obbedire anzitutto a necessità logiche, tante sono le innovazioni, tali i perfezionamenti della tecnica raggiunti dalle leggi e dalla dottrina, da poter francamente e senza presunzioni nazionaliste, rivendicare il suo titolo di procedimento italiano. Nè questo può sminuirsi dal fatto che ad ogni passo si invocano testi romani e canonici: ciò va ascritto all'abito mentale degli uomini del passato dominati dal pregiudizio dell'autorità, la quale però non impediva loro di procedere oltre, attraverso interpretazioni errate e adulterazioni coscienti, in obbedienza a un senso pratico e utilitario, anzi realistico della vita. Ecco perchè qui ripeto quale riassunto della presente storia la frase scritta a pag. 153 e 154, che in Italia dal sec. XIII in avanti *si svolse un procedimento radicalmente diverso* al quale deve darsi il nome non di romano-canonico ma di

Digitized by Google

italiano [1]; ed è questo procedimento che, passate le Alpi, si insediò in tribunali stranieri, conquistò i riti di popoli che subirono il fascino di quello spirito fatto di logica e di precisione, nello stesso tempo duttile e pratico.

2. In ogni istituto si avverte il lavoro dei nostri giuristi a cominciare da Bartolo, creatore e ordinatore di molte dottrine. Sono essi che diedero sistemazione alle questioni pregiudiziali e incidentali, al litisconsorzio, alla pluralità delle azioni, all'intervento in causa, alla chiamata in garantia, alla querela di falso civile, alle sue connessioni col falso penale, al processo sommario, al giudizio di esecuzione: e ad ogni pagina si è indicato il contributo che vi hanno apportato consulenti, decisionisti, trattatisti, senza interruzione.

Al sec. XIII la civiltà italiana risente la sua balda giovinezza anche nella vita giudiziaria: un soffio di intellettualità libera la procedura da alcune scorie, da ogni formalismo avente aspetto infantile, superfluo e convenzionale. Ma per vero, quanto poco ne aveva assorbito nel passato, quando lenta pulsava la vita e tutto degradava per l'inerzia mentale! Anche in quel periodo precomunale il procedimento si mantiene in una sfera sgombra di materialismo, e le debolezze sue dipendono piuttosto dall'insufficienza degli organi politici che da un regresso nella vita civile, che resiste ai turbamenti politici, come del resto doveva resistere un popolo di nove milioni allo sparutissimo numero di famiglie (20.000 ?) discese dalle Alpi [2]. Per quelle ragioni e forze

---

[1] Fino dal 1899 nella 3ª edizione della mia *Storia del diritto italiano* io scrivevo: «Nel moderno diritto processuale ben poco sopravvive del procedimento germanico: esso invece è il prodotto della combinazione di istituzioni romane colle canoniche». Queste parole riporta il CHIOVENDA (*Romanesimo e germanesimo* nei *Saggi di dir. process. civile*, Bol., 1904, pag. 144) come manifestazione di un indirizzo opposto a quello per es. sostenuto in Germania dallo SCHMIDT.

[2] Le ragioni già accennate (parte I, pag. 31) e che si ripetono anche per personale rivendicazione cronologica, trovansi svolte nei miei *Contributi alla storia economica d'Italia nel medio evo*: I. *Stato e popolazione d'Italia prima e dopo le invasioni*, pubbl. negli *Atti dell'Accad. di scienze e lettere e arti di Palermo*, V, 1899; II. *Città e campagne prima e dopo le invasioni germaniche*, pubbl. nel *Giornale di scienze naturali ed economiche*, Palermo, XX, 1901, rifusi ed ampliati nella *Storia economica d'Italia nell'Alto medio evo: le nostre origini*; *Studi sulle condizioni fisiche, economiche e sociali prima del mille*, Napoli, Alvano, 1913. Le conclusioni sono riassunte nella 8ª ediz. della mia *Storia del diritto italiano*, 1921, pag. 8 e segg.

Digitized by Google

di resistenza e di superiorità per le quali si conservò intatta la struttura economica quale era all'epoca imperiale, colle stesse forme di proprietà privata, cioè senza comunismo agrario (1), per le quali le città italiane, anche coll'efficace e continuo concorso della Chiesa, poterono alimentare la fiamma dell'antica cultura, in modo che accanto alle principali assise del diritto romano, riescì a salvarsi gran parte e la più vitale del patrimonio spirituale ereditato da Roma, — per le stesse ragioni non si estinse quello che era più essenziale nel procedimento, che se regredì, meno nell'Italia meridionale, sempre però tanto conservò della sua essenza romana da potersi ricongiungere senza sforzo, quasi senza soluzione di continuità, a quello che instauravano le scuole e i tribunali nella seconda metà del sec. XII.

Per questo motivo la transizione dal procedimento semplicista precomunale al più complesso del sec. XIII, basato su formalismo intellettuale non fu avvertita nè appare dai protocolli giudiziari. I *sapientes et discreti viri* che scrivevano gli statuti, non sentivano difficoltà ad armonizzarli cogli insegnamenti dei dottori: anzi potevano scrivere *consuetudine id fit*, perchè erano già pratiche municipali o delle curie ecclesiastiche o delle mercantili, perchè così richiedevano la nuova vita politica e sociale e più le esigenze economiche della proprietà sempre più libera e delle contrattazioni civili e commerciali. In questa fase, importante è la funzione della tecnica giuridica, ora ancella e ora signora, dove pronta a sistemare e coordinare, dove sollecita nel sospingere e ridurre ai suoi scopi.

Il procedimento italiano, dopo questa sua prima formazione, non è stato schiavo di dogmatismi nè indifferente ai mutamenti culturali ed economici; anzi si è prestato alle più varie esperienze, sebbene gli uomini siano più inclinati a mutare la sostanza che le forme (2). Scienza e pratica si sono accordate per ottenere il mi-

(1) Si allude a opinioni che hanno dominato in Italia per molto tempo quando alla dominazione longobarda attribuivasi tanta importanza al punto che avesse sovvertito la vita economica e il diritto delle genti italiche. Invece i mutamenti furono presto sopraffatti e arrestati dalla civiltà italica, che continuò il suo corso e le stesse popolazioni rurali passarono dal colonato che le legava alla gleba ai contratti di livello e ad altri regolati dalla consuetudine. Così in Italia non vi furono che sporadicamente servi *de corpore* e solo eccezionalmente in qualche posto «l'aria faceva servi».

(2) Riconosceva ciò anche BALDO: *forma iudicii plus ponderatur quam*

Digitized by Google

glior rendimento in favore della giustizia. Non vi è argomento a cui i nostri giuristi non abbiano cercato conferire precisione, così dotando l'Italia anzi parte di Europa di un diritto procedurale almeno sei secoli prima della data che invoca per sè tal moderno esotico verbalismo. In modo chiaro e semplice di tutto indagarono le ragioni a cominciare dagli organi preposti a realizzare le sanzioni legislative, dicendo come la giurisdizione sia un potere (1), l'azione un diritto (2), il processo il modo per var valere una norma giuridica per l'esistenza vera o supposta di un fatto o di uno stato di fatto, con forme che sono di pubblica utilità e a cui le parti non possono rinunziare (3), inserendo così il processo nell'orbita delle funzioni statali; il che vuol dire che collocarono quanto si attiene al giudizio su quelle stesse basi su cui si asside nell'epoca moderna.

3. In ogni punto ci siamo incontrati coll'opera diretta dal legislatore che ha provveduto a questa o a quella situazione, introducendo novità, come il rito sommario, sviluppando istituti embrionali, come l'inquisitorio, perfezionando tutto il procedimento di esecuzione: e in ogni punto si è constatata l'opera creativa delle nostre scuole, cioè dei nostri processualisti, consulenti, decisionisti che non avendo da pensare agli artifizi delle costruzioni generali, con quello spirito chiaro realista che è riconosciuto alla nostra razza, con rigorosa dialettica applicata a situazioni concrete, illuminati dall'idea di una legge superiore, piegarono i testi romani a servizio di riti processuali in gran parte nuovi e plasmarono nuovi istituti rispondenti alle esigenze del loro tempo e che valsero anche pei secoli seguenti. Essi furono in certo modo i creatori del diritto procedurale moderno. Infatti molte loro soluzioni tratte dalla scuola dei fatti, avendo mostrato la fecondità

---

facti substantia: l. 14, Dig. de his qui not. infamia, III, 2 (vol. I, 172), mentre *forma verborum non requiritur de iure canonico, dummodo subsit causa*: l. 10, n. 2, Cod. de iuris et facti ignor., I, 18 (vol. V, 70).

(1) *Iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate ius dicendi et aequitatis statuendae*: BARTOLUS, in l. 1, Dig. de iurisd. omnium iudic., I, 3.

(2) DURANTIS, I, de actore: *agere potest quicumque non prohibetur*: I, de arbitr., § excipitur: *agens intentat totum ius quod habet scilicet comune, municipale, consuetudinarium.*

(3) BALDUS, in l. 1, Dig. de liberis et posth., XXVIII, 2: *forma legis attenditur magis quam ratio.*

Digitized by Google

e il valore quale si determina sotto il costante controllo dei bisogni pratici, hanno resistito al tempo o risorgono nel chiaro orizzonte della dogmatica processuale: e infatti opportunamente la scienza moderna si richiama spesso al contributo arrecato da quegli scrittori, interamente obliati colla importazione delle leggi francesi.

Quelli che si chiamano principii formativi del procedimento civile (1) sono stati presi in considerazione dai nostri giuristi e vagliati secondo consigliava l'esperienza: quelli che vengono presentati come problemi ancora aperti aventi soluzioni opposte eppure legittime, furono ad essi ben noti, e il loro senso pratico li indusse a preferire soluzioni intermedie. Se a prima vista il diritto procedurale italiano può dare l'idea di un corpo di norme colpito da immobilità, seguendolo nelle sue fasi storiche, come abbiamo cercato di fare, presentasi in continuo svolgimento, in un incessante sforzo di ascensione verso un perfezionamento, nella direzione di limitare l'elemento individualista per accrescere il posto a ciò che può rappresentare un interesse sociale. Rispondente a tale esigenza è il progressivo abbandono del formalismo materiale, della ripartizione del giudizio in tanti stati separati e chiusi fra di loro, della obbligatoria prosecuzione della parte, della rigidità attribuita alle posizioni, delle prove che ancora nominalmente si proclamano essere stabilite dalla legge. Invece ben presto si era arrivati a non ammettere termini di preclusione, a rendere le posizioni suscettibili di adattamenti secondo i termini della difesa e a trar profitto dalle non richieste motivazioni alla sentenza per valutare le prove secondo la propria coscienza. Ma più di tutto l'interesse sociale si era affermato nella prevalenza accordata al principio dalla officialità su quello della disposizione di parte.

---

(1) Un eccellente riassunto della moderna dottrina processuale su tali principii trovasi nella monografia di ROBERT WYNESS MILLAR, *The formative principles of civil procedure*, nell'VIII vol. dell'*Illinois Law Review* 1923, nella quale la *party presentation* e la *iudicial investigation* e *prosecution*, la *sequence* e *preclusion*, la *formal* e *rational proof*, la *mediacy* e *immediacy* sono esaminate nei precedenti storici e nelle sorti che hanno avuto nei diritti di Europa e di America, ove è capitale l'opera del prof. JOHN H. WIGMORE, *Evidency*, dell'Università di Chicago.

Digitized by Google

§ 2. *Il principio di disposizione e l'« officium iudicis ».*

4. I nostri antichi processualisti si trovarono in presenza della questione non ancora composta in modo uniforme dalle legislazioni moderne, sul principio di esclusiva disposizione delle parti e di officio del giudice. Due sistemi si disputano il campo: l'uno che esclude ogni impulso degli organi giudiziari nel civile, condannandoli a essere passivi, e quindi commette ogni attività e iniziativa alle parti; l'altro che riconosce al giudice il diritto di iniziativa. Secondo il primo il giudice applica la norma sui fatti a lui presentati: *da mihi factum, dabo tibi ius.* Sopra tale concetto sono basate le regole: *non iudex sine parte — ne procedat ex officio — ne eat ultra petita — debet iudicare secundum allegata et probata*: *quod non est in actis non est in mundo* — colle quali parve stabilirsi il dominio formale della parte sul corso del giudizio: e nulla venne a negarle e anzi rimasero quali canoni indiscussi. Però tanto canonisti che civilisti le applicarono collo stesso spirito conseguente oppure riconobbero la necessità di interpretarle in modo diverso da quello che suonavano? Se oggi si dice che gli interessi dello Stato esigono che il giudice non sia confinato in un angolo morto di passività, gli antichi non esitarono con quella plasticità che è propria della giurisprudenza italiana, a riconoscere all'*officium iudicis* esigenze di ordine superiore, a imporgli l'osservanza della legge divina e della morale, il che voleva significare piena rispondenza alle supreme necessità della convivenza sociale. Regole dunque da superarsi in qualsiasi caso, ove la verità non possa venire in piena luce, ove la giustizia sia impedita nel suo corso.

5. La dottrina italiana si inchinò davanti al principio che, avendo il processo civile per oggetto rapporti di diritto privato, sia sottintesa la disposizione privata delle parti, e quindi accolse la regola: *nemo invitus ad agendum compellitur*, che era così romana (Cod., III, 7; l. 42, Dig., L, 17) come canonica (c. 7, Can., II, qu. 1), sebbene nel diritto della Chiesa fosse accordato a chiunque in materia di elezioni, di matrimoni e simili la facoltà di denunziare un impedimento con effetti preclusivi [1]. I nostri antichi giuristi, d'accordo coi canonisti, vollero sopprimere quello che

[1] C. 47, in VI, de elect., I, 6.

Digitized by Google

era pericoloso nella parte negativa della riferita regola; e così Azone risponde affermativamente sulle questioni: *an iudex possit praecipere ut actor agat usque ad quinquennium et si non egerit, se postea non auditurum*: che possa abbreviare tale termine se gli sembra calunniosa la querela e imporre l'immediata produzione dei suoi titoli (1). Parimenti la Glossa riconosce che il giudice può prefiggere termine *ad agendum* (2). Vi era poi la *provocatio ex lege diffamari* (l. 5, Cod. VII, 14) che in Italia fu base dottrinale al giudizio *di iattanza* (v. pag. 240), e il giudice doveva accogliere la querela e stabilire termini perentori *ad agendum et ad probandum* (3). Così questi doveva rimuovere l'attore dalla inerzia supposta dolosa quando l'azione aveva base in rapporto contrattuale (4).

A promuovere e sviluppare ampia sfera all'*officium iudicis* in questa direzione esercitò singolare influenza il diritto canonico. Sono espliciti i testi in questo senso (5). L'autorità giudiziaria può trovarsi davanti a casi in cui ha obbligo di muoversi anche se, giusta la regola dovrebbe attendere di essere incitata (6), e viene posto innanzi il caso di fatti notori risultanti da testamenti o da pubbliche carte (7); e in appoggio i civilisti richiamano quello che volevano i canoni per i fatti di nozze e di figliazione.

---

(1) *Summa in III libr. Cod.*, ut nemo invitus, pag. 167; ODOFREDUS, *Lecturae*, id., pag. 140.

(2) L. 5, Cod. de ingen. manum. VII, 14. E riferite varie leggi, conclude: *et sunt haec omnia argumenta pro scholari qui vult recedere et Bononienses differunt*, ecc.

(3) DURANTIS, IV, 3, de resciss vend., n. 27; BARTOLUS, ad l. 1 de accus. Dig. XLVII, 2. A Venezia, dice BERTALDO, *Splendor ven. cons.*, pag. 61, i giudici *de proprio* devono nelle cause *de trasmissis et rogadiis secundum arbitrium per aliquam presumcionem procedere.*

(4) DURANTIS, I, 2, de actore, § 1, n. 84; de abolitione, § 1; INNOCENTIUS IV, *Comm. in Decret.*, c. 5, qui filii sint legit., IV, 17; HOSTIENSIS, ad rubr. de libelli oblat., II, 3; BARTOLUS, ad l. 75, Dig. de legatis, XXX, 1; BALDUS, ad l. un., Dig. de liber. legata, XXXIV, 4.

(5) C. 4, X, II, 16; c. 9, X, II, 19; c. 3, X, V, 1; c. 2, X, II, 14. Cfr. TANCREDUS, I, 2, § 3; officium iudicis latissimum est; III, 15, § 5.

(6) BARTOLUS, ad l. 4, § 8, Dig. de damno inf., XXXIX, 2; BALDUS, ad Cod. ut quae desunt, II, 11: LANFRANCUS DE ORIANO, *Pract. iudiciaria*, de citat., n. 5; DE FERRARIIS, tit. 10, gl. 3.

(7) CYNUS, ad l. 3, Cod. de edicto d. Hadr. toll. VI, 33; BARTOLUS, alla stessa legge, n. 17; BALDUS, ad l. 9, Cod. de his quibus ut indignis, VI, 35; IOANN. ANDREAE, a Durante, III, 1, de notor. crimin., § 8, n. 2.

Digitized by Google

L'*officium iudicis* fu dai nostri messo in prima linea sopra e contro i diritti delle parti: basterebbe riferire le parole di Tancredo (III, 15, § 5): *ad officium iudicis pertinet sedere non stare et investigare omnia quae ad instructionem causae faciunt, interrogare et obiicere*, ecc. Bartolo gli attribuisce iniziative nel formulare l'azione, nel promuovere prove, nel sussidiare il convenuto nelle sue difese (1). Lo spirito pratico che informa sempre la giurisprudenza italiana si è appunto dimostrato qui, nel rendere attivo il giudice senza diminuire le facoltà dispositive delle parti. Diciamo parti, ma dovremmo dire piuttosto procuratore e avvocato (2), a cui era trasferito il *dominium litis* o *instantiae* (3), perchè essi erano i grandi attori del giudizio: tuttavia la dottrina avveva armato il giudice di tali poteri, da renderlo il vero direttore del procedimento.

6. Iacobo da Porta Revegnana o Piacentino, secondo altri, rispondevano che il giudice *debet supplere tam de facto quam de iure* (4), pel motivo che deve *pro absente adlegare et eius partes supplere*. Secondo taluni può supplire solo *de iure* e allegavano il testo del Vangelo: donna, dove è chi ti accusa? Non vi è ed io non ti condanno: e altri testi delle Decretali: però Ugolino non li trova pertinenti perchè riferisconsi al pericolo dell'anima: ed egli propende per togliere al giudice la facoltà di *supplere de facto* (5). Azone distingueva fra *ius* e *factum ut de iure supplere possit sedendo tamen non stando* (cioè dal banco del tribunale) *ne officium advocati sumat*. Supplisce *de iure* dicendo: questa legge serve per

(1) l. si pater, Cod. quando provocare, VII, 64; l. 1, Cod. de iudiciis, III, 1 (vol. VII, 92; VIII, 86).

(2) Le parti erano chiamate a presentarsi di persona solo in pochissimi casi, nelle questioni di fatto per schiarimenti (BARTOLUS, ad. l. 29, Dig. de procur., III, 3; ad l. 27, Cod. id., II, 13; vol. I, 104; VII, 71) o quando la legge espressamente l'imponeva (Stat. di Lucca, 1308, I, 49; Novara, 1282, c. 75).

(3) Il concetto del *dominium litis* nel procuratore fu contestato dalla dottrina che vi sostituì quello di *dominium instantiae* (Gloss. ad l. 23, Cod. II, 13; BARTOLUS, ad l. 4, § 5, Dig. XLIX, 1). La prima frase restò nel linguaggio forense più per pompa che con un senso concreto, e un pratico del sec. XVIII scriveva: *quotidie in ore pragmaticorum sonant illa verba: per lit. cont. procurator fit dominus litis, sed sunt verba otiosa* (DE ROSA, *Praxis civilis*, I, pag. 119).

(4) *Dissens. domin.*, ed. HAENEL, pag. 242, *Cod. chis.*, § 162.

(5) Id., § 24, pag. 268.

Digitized by Google

la causa: oppure muta l'azione non competente in quel negozio e ne indica una più adatta. Supplisce in *facto*, se è noto a lui come giudice; non mai come privato: *quia maxima fraus legi committi posset quum diceret iudex sibi notum quod non esset* (1).

La dottrina di Azone fece testo, ed è evidente il significato e le conseguenze, per le quali il giudice o completando in fatto o mutando l'azione si svincolava anzitutto dal libello: se per es. il libello era in possessorio ma risultavano dagli atti conclusioni definitive sul petitorio, il giudice poteva sentenziare anche su questo (2). Così nel mutamento di azione, si lascia al giudice decidere anche di sua iniziativa (3). Il supplire rappresenta la maggior conquista che realizzò la dottrina italiana, e Bartolo e Baldo ne precisarono i confini. Ecco le espressioni del primo: *supplet de facto pro absente contra quem petitur ut veritas elucescat* (Cod., VIII, 37, Auth.) — *supplet in his quae radicantur in seipso parte non petente* (Cod., III, 11) — *ex officio supplet in his quae pertinent ad utilitatem publicam* (l. 8, § 2, Dig., III, 3) — *supplet de facto et perquirit veritatem inducendo testes et alias probationes contra absentem* (l. 8, Atuh., Cod. VII, 43) — *supplet in suo officio de facto in inquirenda veritate instrumenti in iudicium deducti et in inquirenda conditione testium inductorum* (l. 4, § 8, Dig., XXXIX, 2). Nè diversamente Baldo: *supplet defectum absentis* (l. 8, § 2, Dig., III, 3) — supplendo deve considerare ciò che è consono alle leggi, al gius pubblico e al suo officio (Cod., III, 11) — *supplet in his quae radicantur*, ecc. (l. 6, § 5, Dig., XXVIII, 3) — *supplet ea quae desunt advocatis* (id.) — *supplet procedendo de similibus ad similia* (id.) — *supplet ex officio in omnibus quae iudici non concludunt* (l. 16, Dig., XII, 6).

Come si è detto, la legge canonica aveva tolto il giudice dai vincoli che gli aveva posto la romana, e quindi gli aveva conferito iniziative in armonia a quell'equità che doveva sopprimere anche il rigore del diritto (4). Odofredo riassumeva i criteri prevalsi:

---

(1) AZO, *Summa Cod.*, lib. II, f. 23; *Lecturae in Cod.*, lib. II, pag. 95.

(2) Gloss. in l. 3, Cod. de edendo, II, 1, v. *perpetui*; PLACENTINUS, *Summa Cod.*, de edendo, pag. 38; AZO, *Lecturae*, pag. 59; HOSTIENSIS, in c. 2, cum dilectus, X, de ordin. cognit., II, 10; FELINUS, in c. 23, X, de offic. deleg., I, 29; TANCREDUS, IV, 1, § 4; IV, 3, § 3; GRATIA, II, 3, § 4.

(3) HUGOLINUS, *Dissens. domin.*, pag. 255.

(4) C. 10, X, de fide instr., II, 20: *cum iudex qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto quotiens dubita-*

Digitized by Google

il giudice agisca *propter malitiam coarctandam* (l. un., Cod., III, 7): il giudice non stia inerte, insegnava Innocenzo IV (c. 5, X, qui filii sint legit.) *quando videt actorem expectare tempus agend quo reus probationibus careat.* La stessa legge canonica contro la regola di giudicare *secundum allegata et probata* aveva posto l'altro principio essere in peccato chi si atteneva a prove che sapeva false, dovendosi dalla propria coscienza cercare la verità (1): e i civilisti ne trassero la conclusione dovere il giudice supplire nelle prove. *Supplere* è parte essenziale dell'*officium iudicis*, anche se non invocato dalla parte colla *clausola salutaris* (2), tradizione ininterrotta dal tempo dei Glossatori (3).

7. Ancora più determinanti a favorire l'*officium iudicis* riuscirono le Decretali *Saepe* e *Dispendiosam*, che disciplinarono il processo sommario (v. pag. 333) e i commenti relativi dei canonisti. Per esse fu tolta alla *lit. cont.* l'efficienza assegnatale dal diritto romano, non richiedendola *ad testium receptionem vel ad sententiam*. La sua assenza dava altra snellezza al giudizio, trasformato da rigida sbarra in una serie di anelli concatenati, che il giudice muove *ut litem faciat breviorem exceptiones dilatorias et frustratorias repellendo*. Il criterio fondamentale del sommario è di rimuovere *omne quod praeiudicium fiat veritati*: e ciò spetta al giudice che ha la direzione del giudizio, che può rinunciare a molti atti propri dell'ordinario formalismo, modificare il libello (4), stabilire i termini *ad dicendum, ad libellandum, ad ponendum, ad respondendum*, ecc. e togliere le dilazioni *in tempore feriarum*. È il giudice che riduce il numero dei testi, impone silenzio al-

---

tionis aliquid occurrerit; c. 2, Clem., de verborum signif., V, 11: *interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicumque hoc aequitas suadebit.*

(1) C. 15, X, II, 13; DURANTIS, II, 1, de citat., § 4, n. 2; II, 3, de sent, § 1; MARANTA, VI, et demum fertur sent., n. 60.

(2) Vedi pag. 238: *desuper implorando nobile officium iudicis ut suppleat si quid melius peti aut potuisset aut debuisset.*

(3) Fino dal tempo dei glossatori si discuteva: *an iudex si quid ab advocato minus dictum fuerit, id supplere possit?* Gloss. in Cod., II, 4, ut quae desunt advocatis, v. *advocatis* et *proferre*; Gloss. in Cod. de appellat., VII, 62, l. ult., v. *adimplere*; Gloss. in Cod. de temporibus, VII, 63, l. ult., v. *si solus*; PLACENTINUS, *Summa Cod.*, II, 11, pag. 54; ROFFREDUS, *Ordo iudic.*, pag. 10; ODOFREDUS, *Lecturae*, super l. un., Cod. II, 11, f. 89.

(4) DURANTIS, II, de libel. concept., § 9, n. 1; HOSTIENSIS, *Summa aurea*, rub. de offic. iudicis, n. 2, de libelli obl., n. 7; TANCREDUS, I, 5, § 5.

Digitized by Google

l'inutile o cavilloso parlare degli avvocati. Col *procedere extra ordinem* può sopprimere qualsiasi attività formale superflua, secondo le condizioni materiali della lite, per la decisione della controversia; quindi vietare ciò che esorbita dalle prove necessarie e dalle legittime difese.

Nello stesso procedimento esecutivo la direzione spetta in gran parte al giudice: egli ne prescrive i termini e le modalità: *possint fieri cridae et proclamationes publicae ex parte iudicis cum assignatione termini... alias non audiantur et hoc ut obvietur malitiis hominum, et ita observatur per totam Italiam* (1). E poi sempre quando è sentita l'impressione che le dilazioni a provare sono chieste per sorprendere il convenuto nel momento in cui non può controprovare, al giudice compete l'impulso a rompere gli indugi colla *proclamatio ad probandum* (2) e coll'imporre cauzioni *de lite prosequenda* in determinato termine (3).

Anzi in occasione delle cauzioni da prestarsi: *iudicio sisti, iudicatum solvi, pro expensis, pro reconventione, de lite proseq.*, le leggi e la dottrina investono il giudice di tali poteri pei quali diviene il vero direttore del giudizio, anche perchè alle *cautiones iudiciales* è data un'estensione maggiore in confronto del diritto romano (4): e lo stesso è in materia di sequestro contro l'*alienationis aut dilapidationis suspectus* (5); il giudizio della suspicione è lasciato al libero apprezzamento del giudice: *debitor suspectus*

(1) ANGELUS ARETINUS DE GAMBILIONIBUS, *Comment. in IV Instit.*, Ven., 1585, de except., rub. 1, n. 23.

(2) DURANTIS, IV, 3, de resc. vend., n. 27; BARTOLUS, ad l. 18, Dig. de accus., XLVIII, 2, n. 8; ODOFREDUS, *Lect. in Cod.*, VII, 14: *propter malitiam coarctandam potestis ei assignare diem.*

(3) Gloss. nullam satisfactionem, ad § 2, Inst. IV, 11; IO. BASSIANUS, *Summa Quicumque vult*, in SAVIGNY, III; PILLIUS, I, 1; TANCREDUS, II, 14; DURANTIS, II, 1, de satisdat., § 1; BARTOLUS, ad Auth. Generaliter, Cod. de episc. et clericis, I, 3; P. DE FERRARIIS, IV, gl. 8, debite satisdare.

(4) Il Il diritto canonico (c. 1, X, II, 14; c. 1, X, II, 17) menziona la *c. iud. sisti* sotto il nome di *c. iuri parendo* solo pel caso di contumacia del convenuto: invece la pratica italiana la ordinò in vista di una possibile fuga (*fugae suspectus, recessurus*), e quindi ne esonerò il proprietario di immobili, quelli aventi industrie e commerci e solidità di ricchezza mobiliare; cosicchè restò quasi solo pei forestieri; DURANTIS, II, 1, de satisdat.; CYNUS, BARTOLUS, ad l. 15, Dig. qui satisdat. cog., II, 8; MARANTA, VI, de satisdat. Durante riteneva bastante la *c. iuratoria*.

(5) Stat. di Sassari, 1316, c. 25; Modena, 1327, III, 4; Frignano, 1337, II, 34; Verona, 1319, II, 35; Decreta ducum Sabaudiae, an. 1430, II, 90.

Digitized by Google

debeat incarcerari de mandato cuiuslibet magistratus ad instantiam creditoris sive debitum sit purum, sive conditionale, sive sit in eo terminus sive non (1). Ed egli stesso in materia di possesso, non nell'interesse di una parte ma in quella dello Stato, è autorizzato a sequestrare e a conservare i beni dei litiganti (2).

8. Tutto il processo sommario e più specialmente il *possessorium summarium* e il *summariissimum* esaltano i poteri del giudice, anche se non hanno carattere giudiziario e piuttosto amministrativo, nell'interesse dell'ordine pubblico: e tanto più importanti per essere inappellabili i provvedimenti relativi (3). Il che anzi divenne così pericoloso « e intanto abusatu che quasi nixuno è sicuru di li possessioni che teni perche con unu actu lu quali lu metta in possessioni e cun dui testimoni familiari o domestici o altru artifiziu facilmenti si funda dicta spolia e lu veri possessori è spogliatu di la sua possessioni » (4). Tutto il rito sommario basato sulla *sola veritate facti inspecta* e i *mandata* non motivati permettono al giudice di agire con tanta latitudine, colla sola speranza che faccia *tam quod ad rectitudinem quam quo ad rititudinem* (5). Vero è che, per es., negli statuti di Lucca, 1539 (I, 14) e di Genova, 1597 (II, 2, pag. 33) vuolsi che nella *summaria ratio*, ove si procede *summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii et nulla iuris communis solemnitate servata et sola facti veritate inspecta*, questa verità deve *ex actis et probationibus apparere*, ma può dirsi che la soggettiva valutazione dei fatti non aveva altro criterio che la raccomandazione fatta al giudice di tenere *Deum prae oculis*. Si deve notare che nel sommario erano anche

(1) Stat. di Genova, 1588, IV, 6; Roma, 1580, I, 98.

(2) I giuristi si richiamano alla l. 13, § 3, Dig. de usufructu, VII, 1; vedi DURANTIS, II, 1, de petit. et posses., § 1, n. 38; IV, 1, de lib. conc., § 9, n. 14; INNOCENTIUS IV, ad c. 8, X, de probat.; HOSTIENSIS, ad id.. In un rescritto di Carlo I di Napoli, 1274, dicesi: *cum quaestio sit exorta et dubitetur scandalum generari... mandamus quod domos ipsas ad manus suas recipias et retineas donec negotium coram nobis fuerit examinatum*; VITALE, *Storia diplom. dei Senatori di Roma*, I, pag. 157.

(3) BALDUS, ad l. 2, Cod. de episc. audientia, I, 4, n. 23; MARANTA, IV, 9, n. 44; SCACCIA, lib. III, c. 6; Stat. di Roma, 1580, I, 92.

(4) Quest'abuso derivava in Sicilia da una mala interpretazione dei Capit. 135 di Alfonso e 54 di Ferdinando. Anche di notaio, invece che di giudice, poteva essere l'atto: si ricorse al re che modificò il capitolo che richiede per lo spoglio la violenza: v. BARBAGALLO, *Practica*, 1779, pag. 58.

(5) ALEX. TARTAGNA, in l. fiendam, Dig. de verb. obligat., XLV, 1.

Digitized by Google

modificati i criteri nell'apprezzamento delle prove, per le quali si deve stare alla qualità non alla quantità: e così veniva meno il principio della prova legale. Del resto in che consisteva la prova legale dal momento che il giudice trovava nello *Speculum* di Durante 96 motivi per infirmare il detto di un teste e nel trattato *de probationibus* di Mascardo vi era per ogni prova un elenco interminabile di ragioni che assicuravano il giudice di poter andare in contrario avviso? E con tanta casistica, con tante eccezioni il principio di giudicare *secundum allegata et probata* restava sconfitto dall'arbitrio o meglio da quello di giudicare *secundum conscientiam*.

9. Al sec. XVI a Napoli si ordinò che si giudicasse *sola veritate facti inspecta*; cioè colle forme del sommario in tal modo estese all'ordinario: ma quel criterio non era solo confinato a Napoli, ma fu proprio di tutte le curie italiane. Ora fin dal tempo della Glossa e di Azone *cognitio summaria* e *semiplena* erano equipollenti (1), e il giurista pisano Giovanni Faxiolus (m. 1286) ci informa che questa *semiplena probatio* significava non necessità di carte e di testi, *sed statur iuram. actoris super suo interesse... et sic de consuetudine observatur...: sufficit praestatio iuram. et sic alicubi observatur*. Egli trova ciò eccessivo (2). Durante abilita il giudice a contentarsi di una *semiplena probatio* o *probatio prima facie* che *in summariis* è *plena et solida* (3). Coll'autorità di Bartolo entrò nella dottrina e nella pratica, comunemente accolta, una tesi che in fondo lasciava alla coscienza del giudice il formarsi un concetto sulla verità della domanda: *ad suspicionem vel opinionem: et istud est quod dicimus prima facie videtur quod sic vel prima fronte*; tanto che legittimi l'apparenza che il giudice si è formata un'opinione. La tesi di Bartolo è così riassunta: *circa modum probandi in hac summaria cognitione sciendum est quod plena probatio est facere iudici plenam fidem*. E qui con acuta analisi psicologica indica i gradi della piena fede; si parte dal

(1) AZO, *Summa Codicis*, lib. III, 1, de iudiciis, n. 18; III, 42, ad exhibendum, n. 9, pag. 158, 256; Glossa declarati, ad Nov. LIII, 4, § 1; Gloss., v. *defertur*, ad l. 2, Cod. VI, 17; Gloss. summatim, ad l. 3 § 1, Dig. XXXVI, 4.

(2) *De summaria cognitione* IOANNIS FAXIOLI et BARTOLI DE SAXOFERRATO, ed. BRIEGLEB, 1843, pag. 6 a 19.

(3) DURANTE enumera sei specie di prova semipiena, II, de iuram. delat., v. *nota igitur*: I, de officio omnium iud., n. 3; II, de satisdation. § 3; II, de probat., § 3.

Digitized by Google

sospettare ma il lieve motivo trattiene dal decidere: si comincia a propendere per un forte argomento ma non escludonsi altri in contrario; finalmente si vince ogni dubbio: ecco i tre gradi che percorre il giudice per arrivare alla convinzione (1). La dottrina della *probatio semiplena* era costituita pel processo sommario, ma di buon'ora fu estesa a qualsiasi giudizio: *probatio semipl. sufficit, quia summaria cognitio potest verti circa alia plura*, scriveva Bartolomeo da Saliceto (2); e così pensarono Giasone del Maino, Alessandro Tartagna e Socino (3), di accordo con quanto aveva già ordinato la legislazione.

E allora si vede come, attraverso le eccezioni accettate *in levibus summariis* ma estese a tutto il sommario, il che voleva significare all'ordinario stesso, questo dovesse radicalmente alterarsi e sovvertirsi: ciò non avvenne per la resistenza dei pratici, e la tela di questi, come compiacevansi chiamare il rito, fu intessuta di eccezioni, dilazioni, ecc. Nello stesso tempo però devesi accertare che la penetrazione dei concetti fondamentali del sommario nel rito ordinario avvantaggiò l'*officium iudicis* verso le parti e gli assicurò facoltà di iniziativa e di intervento estranee al diritto romano. Esteriormente nulla fu mutato, e si ripeterono gli aforismi *quod non est in actis, non eat ultra*, ecc.: ma viceversa si insegnava che il giudice deve rendere *omne remedium favorabile* anche ove *non sit petitum* e ove *acta cantant quasi contraria* (4). Il fatto che era ammesso il libello stilato colle clausole *valeat quod agat, valeat ut valere potest*, importava di rimetterlo alla discrezione del giudice per completarlo, aggiustarlo, sostenerlo come credesse; onde la conclusione della validità della sentenza anche quando *aliud petitum aliud probatum* (5), quando aveva

(1) *Lecturae* ad l. 31, admonendi, Dig. de iureiur., XII, 2; l. 2, Cod. III, 19, e nel cit. *de summ. cognit.*, pag. 36. Ma anche BALDO, in l. 1, Cod. II, 42.

(2) *Comment. in Cod.*, tit. quorum bonor., VIII, 2, n. 9, e l. in bonae fidei, Cod. IV, 1.

(3) Nel loro comm. alla cit. l. admonendi. SOCINUS, *Consilia*, 67. La dottrina di Bartolo fu molto combattuta. Il siciliano FR. PERREMUTO, autore di un *Conflictus iurisconsultorum inter se discepantium*, Palermo, 1662, vol. I, pag. 136, riferisce molti scrittori di consigli e di decisioni che la impugnarono, fra cui NEGUSANTIUS nella sua *Sylva responsorum*, qu. 439. Ed altri la difesero.

(4) GABRIELIUS, cit., lib. VI, concl. 4; e degli scrittori napolet. CAPYCIUS, *Decis.*, 10, e NOVARIUS, *Collect. in Pragm.*, 174.

(5) SOLA, *Comment.*, pag. 356; DANZA (*Pugna doctorum*, Nap., 1648).

Digitized by Google

conferito azioni non esercitabili dall'attore al momento della introduzione della lite, specie se oltre alla clausola salutare era inserita anche l'altra: *super quibus omnibus et omni meliori modo* (1). E anche senza tali clausole e riserve è pacifico il diritto del giudice di esigere completamenti di prova, dichiarare decadenze o rilevarle, confermare o annullare atti non pertinenti, respingere le prove non pertinenti o contro legge, togliere il *vitium litigii*, procedere a sequestri per abbreviar liti o per non rendere illusorio il giudicato, e a sua iniziativa quando abbia presunzioni contro il possessore; e ancora la lista degli atti rimessi al suo arbitrio potrebbe allungarsi sulla guida di quanto scrisse il veronese Matteo Cepolla, autore non solo del noto trattato sulle *cautele*, ma anche di due libri *de arbitriis iudicum* (Lugd., 1577) e di un altro scritto *de extensiva legum interpretatione* (Torino, 1613, Colonia, 1660), e, tenendo presenta la trattazione straordinariamente ampia e particolareggiata di Giacomo Menochio di Pavia, che in un *Tractatus de arbitrariis iudicum quaestionibus et causis* indicò quasi mille casi in cui il giudice potesse procedere e decidere di suo arbitrio (2).

A Napoli tale attività era giustificata così: *in Regno subtilitates iuris sunt sublatae* (3). E tutto ciò, ripetiamo, era proprio delle magistrature ordinarie, perchè altri diritti competevano alle superiori — per non dire dei principi e del papa — le quali giu-

---

consacrava un titolo a motivare come la sentenza possa essere difforme dal libello. Cfr. MARTA, *De clausulis*, Roma, 1616, p. I, claus. 2; RIDOLPHINUS, *Praxis*, p. II, c. 4.

(1) È inutile aggiungere che non mancavano rigoristi, come MATTEO DE AFFLICTIS (*Controv. iuris*, cap. 50) contrari a tali estensioni, propugnate dai pratici, come DE ROSA, SORGE, ecc., sull'autorità del reggente MERLINO (*Controv. neapolit.*, 1653), di CARAVITA, ad *Ritus*, 288. Le opinioni favorevoli a tale tesi sono raccolte da TEPATUS, *Variar. sentent.*, tit. LXXIX. Non dubitavasi che i giudici supremi dovessero stare più alla convinzione morale che agli atti: così PACIUS IORDANUS, *Locubrat.*, vol. III, pag. 44.

(2) Ed. Ven., 1569, 1605; Colonia, 1615, 1628; Ginevra, 1630, 1670; in fine vi è un indice dei *loci* e degli statuti illustrati: aggiunte furono fatte a Milano, 1602.

(3) Per es. vale la sentenza conforme alla sostanza e non alle parole del libello, ed è conforme a quella quando la domanda viene o dalla natura dell'azione o per la aderenza ad essa. È *petitum* tutto ciò che è consecutivo della domanda, e anche in ciò *veritas attenditur non error libelli*; v. DE ROSA, *Praxis civ. decretorum*, Nap., 1794, pag. 87.

Digitized by Google

dicavano *attento foro interioris conscientiae* (1). Anche pei minori, si diceva, la verità è anteriore alle prove: se quella è conosciuta altrimenti, cessano le prove che sono o presunzioni o falsità.

10. Da quanto si è detto ve ne ha abbastanza per mostrare come nella tecnica italiana fu inteso l'*officium iudicis*: si possono ancora aggiungere altri attributi conferitigli da Bartolo e dalla *comunis opinio* (2). Anzitutto *format punctum quando inter partes est discordia* (3); può costringere il teste a dichiarare ambiguo il suo detto (4); *nemine petente potest ex officio inquirere defensiones rei* (5); è tenuto a deferire il giuramento suppletorio *quando est semiplena probatum* (6); raffrena il numero dei testi (7); può costringere a pace e a transazione (8). Baldo ancora incalza: incidentalmente può conoscere *de eo quod non potest cognoscere principaliter* (9); deve cercare la verità da quelli che crede la sappiano (10); al suo arbitrio va lasciato ciò che non è determinato dalla legge (11); deve seguire la coscienza sua e della legge (12); *iudex fatuus est qui condemnat nisi in eo quod petitum est*; egli è ministro della repubblica, cioè dello Stato (13). L'*officium iudicum* può essere implorato per es. contro l'iniquità di chi eseguisce la sentenza (14), o quando *potentiorem timeo ne me offendat in bonis*

---

(1) Così era pel Senato piemontese, il S. Consiglio di Napoli, ecc.; v. MUSCATELLUS, *Praxis civ.*, pag. 315; GRAMMATICUS, *Decis.*, pag. 315; SORGE, pag. 97.

(2) Raccolta da Farinaccio, Tepato, Ursello e più largamente dal Cardinale TOSCHI (Tuschius), *Conclus.*, lettera *Iudex*, e dal Card. DE LUCA, *Iudex*.

(3) BARTOLUS, l. iusiurandum 34, § 5, Dig. de iureiur., XII, 2 (vol. II, 33).

(4) Id., l. 66, si quis, Dig. de iudiciis, V, 1 (vol. I, 156); IASONIS DE MAYNO, l. 2, Dig. id.

(5) Id., l. qui falsum, 19, Dig. de poenis, XLVIII, 10 (vol. VI, 188).

(6) Id., l. admonendi, 31, Dig. de iureiur., XII, 2 (vol. II, 31).

(7) Id., l. 3, emtio, Dig. de restit. (XVIII, 5, vol. II, 144).

(8) Id., l. 35, si usufructus, Dig. VII, 1; BALDUS, l. 13, § 3, aequissimum, id. (vol. I, pag. 302).

(9) L. 3, quotiens, Cod. de iudiciis, III, 1 (vol. V, 194).

(10) L. 5, quamvis, Dig. de rebus, XXVII, 9 (vol. III, 42).

(11) Cod. de probat., IV, 19 (vol. VI, 34).

(12) L. 28, sed et si, Dig. de iudiciis, V, 1; l. 17, certo, Cod. III, 1 (vol. I, 262; V, 180).

(13) L. 1, § 8, Dig. de postulando, III, 1 (vol. I, 161).

(14) Notevole estensione diede la pratica alla *imploratio officii iudicis*; mentre, per es., la dottrina dei più antichi non ammetteva il cumulo di

Digitized by Google

vel in persona (1). L'affermazione essenziale è nelle parole: deve cercare la verità da quelli che sanno: cioè egli può disporre prove non richieste, non proposte dalle parti, nello stesso modo che egli si eleva fra le domande e le prove, fra gli articoli probatori e la decisione come arbitro che deve rispondere solo alla sua coscienza. Quindi restringe il numero dei testi o altri ne chiama, abbrevia le dilazioni, revoca il procuratore se sospetto anche in assenza della parte, infine giudica secondo la sua coscienza (2).

11. Tale indirizzo dottrinale non trovava ostacoli nelle leggi, le quali molto sommarie in tutto sottintendevano spettare al giudice la direzione attiva del giudizio, e gli facevano espressamente il dovere di intervenire nel modo più efficace allorchè in causa erano persone miserabili. Alle passate legislazioni era estraneo il principio della eguaglianza di tutti davanti alla giustizia, e come vi erano in alto classi privilegiate, così vi erano in basso persone degne di speciale protezione, le quali laddove non godevano di particolari diritti, dovevano essere aiutate e difese dal giudice se tratte davanti ai tribunali. In tal caso erano i minori, e il loro diritto di eccezione era esteso alle chiese, al fisco, ai monasteri, ai collegi leciti, alle università, alle città, agli ospedali, alle opere pie: e nello stesso caso erano le persone miserabili che comprendevano le donne, le vedove, gli orfani, i vecchi, gli infermi, i poveri.

Le *Const. r. Sic.* che tanta latitudine di facoltà avevano riconosciuto al giudice in materia di testi (II, 26, 30, 32), facoltà ancora largamente interpretate dai commentatori, colla speciale protezione accordata a quelle persone (II, 41, 42, 44), l'avevano investito di facoltà ancora maggiori, che in certo senso sovvertivano l'ordinario rito procedurale. E la dottrina napoletana tro-

---

un processo civile e accusatorio fra le stesse parti e per lo stesso fatto, quella dei posteriori riteneva che il giudice al criminale avesse la facoltà di decidere la questione civile come punto incidentale e che tale *imploratio* si potesse esercitare anche nel procedimento inquisitorio; DURANTIS, IV, 4, de furtis, n. 4; IV, 3, de pignor., n. 25; BARTOLUS, ad l. 2, § 1, Dig. vi bon. rapt., XLII, 8; MARANTA, IV, dist. 1.

(1) FRANCISCUS DE THELESIA, nei *Iuris interpretes saec. XIII*, ed. MEYERS, Nap., 1926, pag. 174: si può implorare in 4 modi per non essere molestato, ecc.

(2) BALDUS, l. 10, sed si plures, Dig. XXVIII, 6; l. 17, Cod. III, 1 (vol. III, 95; I, 262).

Digitized by Google

vava in simili ampliamenti appoggio nei Riti (228, 233). Il giudice doveva intervenire quando si accorgeva che un debole era soprafatto da potente avversario, avvolto in pericolose cabale. Il cap. *Detestates* di Carlo II e il cap. *de supplendis defectibus causarum* (*Ritus*, 209) di Isabella del 1436 erano diretti non solo a reprimere le malvagie astuzie curialesche e ad accelerare il corso delle liti, il che già involge una somma di poteri al giudice, ma ad investirlo del diritto di sopprimere le formalità inutili, ad autorizzarlo ad attenersi alla *pura substantia veritatis* nonostante eccezione, allegazione, ecc.: *Deum et ipsam iustitiam habendo prae oculis*, parole già usate da Federico II. Eguali idee sono nella legislazione sabaudo-piemontese di Pietro II e di Amedeo VI, consacrate nella r. *de causis impotentium terminandis* (r. 2). Risulta abbastanza come nel procedimento italiano il principio di disposizione o libertà delle parti abbia incontrato limiti in misure di ordine sociale e di pubblico interesse; cosicchè lo Stato non restò estraneo alle contese dei privati e non ridusse sè alla funzione di semplice regolatore delle forme. Certo non si può negare che talune interpretazioni non contenessero pericoli: ma davanti a tanto delicata materia qual'è l'*officium iudicis*, sembra potersi ritenere che in generale sia stata felice la dottrina nel conciliare i due principii, l'impulso delle parti coll'attività del giudice, il quale poteva entrare nel mezzo della lite, approfondirla senza attendere la cooperazione delle parti e in modo anche da esse non previsto e voluto.

Ogni indagine giudiziaria deve rendere possibile il giungere a quella conclusione che è più vicina alla verità. Per ottenere ciò il giudice deve avere una relativa libertà, non essere spettatore indifferente o servo, ma stare sopra le parti, le quali non sono diminuite nei diritti e nelle iniziative. Parci che tale combinazione o conciliazione sia stata nel pensiero dei processualisti italiani (1), e voluta dai legislatori: la cancellarono il Codice fran-

(1) Nelle prassi di ASINIO, § 4, cap. 4, di DE ROSA, pag. 88, di SORGE, pag. 309, di CALA' (*De modo articulandi*, 1608, pag. 66) chiaro si afferma che il giudice supplisse in fatto e in diritto, che è esonerato dal sentenziare in conformità del libello, autorizzato a risolvere azioni non presentate o mal prospettate nel libello, dubbi giuridici non formulati, fatti ignorati od oscuri, intendendosi che sempre per sua virtù ogni azione necessaria proficua all'attore e non dedotta dovesse essere supplita. Cfr. GABRIELIUS, *Comunes conclus.*, Ven., 1584, pag. 612.

Digitized by Google

cese e gli italiani che lo seguirono: ma ad essa sono già tornate alcune leggi straniere (Svizzera): e l'*officium iudicis* ritroverà il suo posto nelle future codificazioni.

12. In quanto ai poteri del giudice nelle cause criminali, le leggi dei secoli passati ponevano quasi come principio l'arbitrio di lui: *sit in discretione iudicum de condemnando et puniendo*. Tali facoltà nulla hanno di comune coll'*officium iudicis* esercitato nel civile, e si congiungono al concetto delle pene straordinarie, che furono proprie della legislazione medievale come lo furono della romana, per proporzionare la pena al reato: onde per es. il podestà di Verona, assumendo il suo ufficio, dichiarava: *in criminalibus non sim adstritcus iudicare secundum leges sed vel meo arbitrio definire possim* (1), e questa regola con un significato più o meno largo fu ripetuta in tutta la legislazione dei secoli passati e non solo nei minori delitti, anzi nei più gravi dicevasi: *in atrocibus iudex potest iura transgredi* (2). Non si creda che ciò avesse l'approvazione indiscussa della dottrina; anzi Maranta informa che su tale argomento *solet esse magna varietas et disceptatio inter doctores*. Può il giudice nei reati puniti con pena arbitraria arrivare fino alla morte? Su ciò i dottori vacillano. La controversia fu aperta per le seguenti parole della Glossa (ad tit. IV, *Inst.*, IV, de iniuriis): *ubi poena est in arbitrio iudicis potest suum arbitrium extendere usque ad mortem, quod est verum, pensata et attenta facti qualitate*. Questa opinione ebbe per sè l'autorità di Bartolo e dei canonisti (3) e fu oppugnata da Baldo che si riferiva alle parole degli statuti, che, dato l'arbitrio del giudice, escludevano la confisca, e quindi a maggiore ragione la pena capitale (4). Per sostenere le tesi opposte invocavansi testi romani in abbondanza, dei quali Maranta facilmente dimostra l'inopportuna od errata invocazione, concludendo: ogni soluzione è dubbia: sarebbe necessaria la parola del legislatore; intanto conviene attenersi all'opinione più rigorosa, cioè che l'arbitrio arrivi fino a irrogare la pena capitale. Ma ecco subito le limitazioni: *placet mihi*

---

(1) Stat. di Verona, 1228, c. 82. Sul potere arbitrario del giudice nel punire vedi PERTILE, § 190.

(2) CLARUS, lib. V, § 1.

(3) BARTOLUS, l. fin., Cod. V, 49; ABBAS PANORMIT., c. ex literis, 11, X, I, 2; FELINUS, c. 23, X, II, 27; c. 21, X, V, 1.

(4) BALDUS, l. 8, Dig. II, 11; l. 1, Cod. IX, 48.

Digitized by Google

quaedam distinctio (1). La dottrina italiana erasi già schierata con Baldo, che era stato preceduto da Alberto Gandino (pag. 274), da Angelo Aretino, Ippolito de Marsiliis e poi da Follerio che volevano anzi che il giudice potesse e dovesse moderare la pena e mai eccedere nell'arbitrio (2), e l'arbitrio dovesse essere contenuto dalla coscienza collettiva. L'afferma chiaramente e con parole rispondenti alle idee della nostra civiltà il citato Ippolito: *Nam qui habet potestatem disponendi secundum conscientiam non debet sequi propriam conscientiam sed publicam.* Qui sta tutto il segreto e il valore dell'arbitrio del giudice nell'individuazione della pena, la quale deve essere certa e dettata dalle leggi, come disse Beccaria (IV e XLII), perchè il giudice non è legislatore. Però, e qui sta la norma luminosa voluta dall'antica giurisprudenza italiana, il giudice deve esercitare quel diritto razionale, lo si chiami pure arbitrio, che accosta quanto più è possibile la legge positiva alla realtà del fatto e dei bisogni sociali, cioè all'ideale sereno della verità.

---

(1) MARANTA, IV, an sit iudicium civile, n. 86, 87, pag. 67.

(2) ALB. DE GANDINO, v. *quomodo cognoscitur de malef.*: de furibus, de poenis, pagg. 280, 319; HYPOLITUS DE MARSILIIS, *Practica crimin.*, § constante, n. 30; § diligenter, n. 25, ed. Lugd., 1526, pag. 12 e 35; JACOBUS DE BELLOVISU, *Practica*, Lugd., 1526, pag. 77. Dal che risulta che tutte le teoriche sulla prova legale finivano per restare lettera morta.

Digitized by Google

CAPO XVII.

Il procedimento civile nel secolo XIX

1. Nella seconda metà del sec. XVIII si inizia il periodo delle riforme che solo lievemente toccarono il procedimento, tanto furono timidi e parziali i ritocchi anche su quegli inconvenienti che rendevano tarda la giustizia, e su quelle pratiche forensi inutili o dannose, che gli stessi commentatori dei riti avevano criticato e deriso, accennando anche a possibili riforme; e su questa via il savoiardo Fabro fin dal 1600 aveva indicato ove e come si dovesse correggere. Non si può negare che gli Ordini per le cause civili di Emanuele Filiberto del 1561, le Costituzioni per Parma e Piacenza del 1594, alcune prammatiche napoletane, specialmente quella del 1738 di Carlo III, e bolle pontificie non rivelino la coscienza dei difetti e il proposito di toglierli. Ma non era stato possibile vincere le abitudini dei pratici legati alle forme tradizionali, che ben sapevano dominare e sfruttare col sussidio di una dottrina senza regole generali e precise, esposta in trattati aridi e farraginosi, « veri arsenali o botteghe da rigattiere ove ognuno trovava la veste che voleva », come L. A. Muratori bollava tutte le opere giuridiche del suo tempo (1). A perpetuare tali vizi, onde specialmente soffriva la procedura, avevano concorso le stesse leggi di solito non chiare, piene di riserve ed eccezioni, le quali aprivano il varco alle più sottili astuzie, poi l'esistenza di statuti di epoche diverse e mai abrogati, infine l'abitudine di sostituire al ragionamento l'autorità dei dottori e le decisioni dei tribunali. La elaborazione teorica del procedimento che aveva

(1) *Dei difetti della giurisprudenza.*

Digitized by Google

avuto i suoi bei giorni nei sec. XIV al XVI era scomparsa, e il modo di trattare le cause, irrigidito nei formulari e nell'uso di alcune parole latine, bastanti a separarlo dal pubblico, era degenerato in un semplice e non pregiato mestiere, chè anzi Bartolo chiamava vile la professione di procuratore.

A descrivere tali difetti è miglior cosa dare la parola a quei contemporanei. Cominciamo da Virgilio Barbacovi, membro del Consiglio aulico di Trento, che nel 1738 elaborò un *Progetto di un nuovo codice giudiziario nelle cause civili* (Venezia, 1788, 3ª ed.). « Noi abbiamo una farragine immensa di leggi, in cui oltre ciò che vi ha di estraneo e di inutile pei nostri tempi e i nostri costumi, la oscurità, la confusione e la contraddizione rendono sovente la scienza del giusto e dell'ingiusto estremamente intralciata e difficile ed in cui vedesi anche violata talora la naturale giustizia. Una turba infinita di interpreti ha aumentato terribilmente il male. I loro innumerevoli volumi ci presentano sovente una specie di caos... pugna e contrarietà di opinioni. Ecco dunque una sorgente perenne di questioni e discordie tra gli uomini, cioè l'incertezza del diritto ed ecco quale è la cagione primaria della moltitudine delle liti prodotta da quelle mani che dovevano allontanarle. In luogo di una procedura semplice e spedita, abbiamo un ordine giudiziario che più giustamente potrebbesi chiamare disordine: abbiamo metodi e forme che aprono un asilo alla malvagità, alla menzogna, con cui si possono tirare in lungo i processi e tener viva per anni la guerra anche più ingiusta, una procedura che per le enormi spese e danni lascia sovente rovinati il vincitore non meno che il vinto ».

Anche una semplice riforma nel procedimento civile e limitata a ridurre l'immensa lunghezza delle liti sembrava *confinata nel centro della luna e forse mai non ne discenderà*, come scriveva il Muratori, che versò tesori di buon senso in libri che conservano meravigliosa freschezza di attualità [1]. I progetti di codificazione elaborati in Piemonte da Fabro, a Napoli da Cirillo, erano caduti davanti all'inerzia governativa e all'avversione delle classi forensi sollecite di non essere turbate nelle loro abitudini. E venendo ai particolari dei vizi più notevoli, il Barbacovi così li indicava: L'attore chiama in giudizio l'avversario con semplice citazione senza annunciargli il motivo, e tarda più di una udienza a pre-

[1] *Della pubblica felicità*, cap. IX.

Digitized by Google

sentare la domanda: il più delle volte non espone il fatto che troncamente, in modo oscuro, ambiguo, talora inintelligibile. In seguito il reo ne chiede copia con termine a deliberare. Passano talvolta più udienze, talvolta più mesi prima che egli dia risposta. Gli avvocati ben di raro presentano le loro procure: sovente l'uno domanda all'altro la legittimazione della sua comparsa in giudizio nel mezzo o nel fine del processo, dando così luogo a dispute sulla validità o nullità degli atti. L'avvocato pressato alla presentazione della procura, chiede termine, e si consumano mesi e anni per disputare sulla sua legalità e sufficienza. Nascono frequenti questioni sulla idoneità del libello, pretendendo il reo che venga spiegato. L'attore chiede sicurtà per le spese: e così si perdono mesi e anni, e il processo cresce a centinaia di fogli senza essere ancor giunto alla contestazione della lite nè alla menoma discussione del merito (1).

L'opinione pubblica era già matura per sollecitare riforme; e forse i governi non erano del tutto alieni, per quanto si sentissero legati alle tradizioni: opposizioni facevano i forensi propensi a quella che i vecchi inglesi chiamarono *gloriosa incertezza delle leggi*, mentre la cognizione delle leggi costituisce permanente elemento di civiltà e più d'ogni altro contribuisce ad imprimere negli animi di ogni classe di cittadini un sentimento di decoro personale e di tranquilla fiducia di non soggiacere ad abusi per parte di chicchessia (Sclopis).

---

(1) BARBACOVI, *Progetto di un codice giudiziario nelle cause civili*, 3ª ed., Venezia, 1788, vol. I, pag. 52. Questo progetto è ispirato a sensi di illuminato civismo. L'autore viveva in mezzo agli intrighi forensi e animato dal proposito di rendere rapida la giustizia, di difendere i deboli, di elevare la dignità degli avvocati e delle magistrature, fu sempre un critico bene informato e spietato, precursore dei codici moderni; alcune sue proposte vanno oltre il segno (per es. la sua avversione all'obbligo dei parenti di compromettere davanti ad arbitri). Combattè formalità inutili, le cauzioni giuratorie e il giuramento di calunnia; escluse la revisione di grazia, semplificò il giudizio di esecuzione; propose che in ogni causa il giudice tentasse amichevole componimento e lo ripetesse dopo essersi istruito della controversia; rese il procedimento in gran parte orale, vietò l'arresto per debiti, salvo il caso di dolo o colpa grave; punì la bugia giudiziale con tanta somma quanto il valore dell'oggetto conteso aumentato di un decimo; punì chi patrocinava causa manifestamente ingiusta; ordinò ai giudici di sentenziare entro 30 giorni, e li volle ricompensare colle sportule nella stessa misura dell'onorario per gli avvocati. Su Barbacovi v. MENESTRINA, nei *Festgabe fur Wach*.

Digitized by Google

2. Sopravvenne la dominazione francese che troncò gli indugi e introdusse in Italia i codici nati sotto l'influenza di idee certamente più illuminate, almeno per ciò che si riferiva al procedimento penale. Pel civile, ove certo sentivasi il bisogno di riforme, il *Codice di procedura civile* del 1808 ebbe il vantaggio di dare certezza ed unità al rito, ma anche il torto di spezzare quanto di buono vi era nelle nostre tradizioni giuridiche, con furia abbandonate, per costituire in commento alla legge una letteratura piuttosto pedestre e sterile. A quel codice aveva servito di modello l'*Ordonnance civile touchant la reforme de la iustice* del 1667, molto minuziosa e completa, notevole per la precisione e per la soppressione delle formalità e scritture inutili; l'altra del 1669 sulle avocazioni, i *committimus* e l'ordinamento giudiziario. Anche questa procedura francese incontrò, come era stato pel codice civile, il favore generale, e sebbene dopo il 1815 fossero ristaurate le leggi del sec. XVIII, si dovè dai Governi venire a riforme, le quali furono in gran parte compiute sulle traccie lasciate dal Codice francese.

3. Il Piemonte che nel 1814 aveva richiamato in vigore le Costituzioni del 1770, coll'Editto del 27 sett. 1822 introduceva alcune modificazioni nell'ordinamento dei tribunali e finalmente assegnava uno stipendio ai magistrati e agli altri uffiziali giudiziari: e con altro del 24 dic. riordinava le competenze dei giudici di mandamento, dichiarando aboliti gli Intendenti e altri tribunali speciali. Tutto il resto continuò a essere regolato dalle R. Costit. del 1770, salvo il giudizio di espropriazione e purgazione delle ipoteche, disciplinato coll'Editto del 16 luglio 1822. Nel 1847 fu istituita la S. Corte di Cassazione, e nel 1855 fu pubblicato il Codice di procedura civile, che fu in vigore fino al 1860, epoca in cui fu emanato nuovo Codice. La Sardegna ebbe nel 1827 il Codice di Carlo Felice; e Genova nel 1815 un regolamento giudiziario riproducente molto delle antiche costituzioni piemontesi. Il Cod. del 1855 esteso a tutti i territori del Piemonte, modellato in parte sulle leggi francesi, ginevrine e parmensi, fu criticato (dal Scialoia) per la procedura costosa, per le soverchie formalità per lo più inefficaci, pel rigore delle nullità, non accompagnato da serie garenzie, per le tante precauzioni illusorie o difficilissime ad attuarsi, pel numero sterminato di provvedimenti lungo il corso del giudizio. E molte lacune furono messe in evidenza, come la non richiesta presentazione di narrative o concordate o separate, che

Digitized by Google

circonscrivano il campo della controversia, l'aver soppresso l'ufficio del giudice relatore, la non disapprovazione per l'eccesso dei procuratori nell'esercizio del mandato. Così altri residui di pratiche inveterate, come il carico addossato allo straniero della cauzione *iudicatum solvi*, le inibizioni preventive che spesso si risolvevano in decisione di lite, *inaudita parte*.

4. Nel Lombardo-Veneto il governo austriaco introduce, a nel 1815 il Regolamento giudiziario del 1796, già pubblicato nel 1803 pei territori della Lombardia. Con esso al giudizio orale e pubblico veniva sostituito lo scritto e segreto; alla Cassazione la terza istanza: vietavasi in seconda istanza il *ius novorum*; erano permessi alle parti due atti e non più, petizione e replica all'attore, risposta e duplica al convenuto: a ciascuna allegazione di fatti dovevansi aggiungere le prove. Per queste seguivasi il sistema della prova legale. Era vietato mutare l'azione proposta nel libello: si poteva recedere dal giudizio, pagando le spese e poter quindi presentare nuovo libello. La sentenza non era pubblicata ma fatta in segreto veniva intimata alle parti per cura del giudice: non necessaria la *ratio decidendi*, cioè i motivi da comunicarsi alle parti che li richiedevano entro 3 giorni dopo intimata la sentenza, quando fosse permesso l'appello, da proporsi al giudice *a quo*, che invitava la parte appellata a presentare risposta, da trasmettersi al giudice superiore. Questa o cassava o rinviava, o respingeva e giudicava in merito (1).

Nel 1824 fu ordinato l'esperimento preventivo di conciliazione: nel 1850 fu introdotto un procedimento sommario per diverse materie. E questa legislazione restò in vigore per la Lombardia fino al 26 marzo 1871.

5. In Toscana fu riportata l'antica legge procedurale in cui era accentuata la differenza fra rito ordinario e straordinario, cioè senza formalità essenziali. Le parti depositavano in cancelleria le domande e le eccezioni: la trattazione di alcuni affari veniva semplificata colle pronuncie verbali o *pettorali*: erano permesse le informazioni per manifestare le proprie tesi a cui i giudici rispondevano proponendo i loro dubbi a cui replicavasi a voce o in iscritto, in udienza fissata per la discussione definitiva a cui seguivano brevi memorie e infine, prima della sentenza, una

(1) VISCONTI, *Codificazione del processo civile nella Lombardia austriaca*, 1785-1795, in *Rivista di diritto civile*, 1913.

Digitized by Google

narrativa della causa concordata fra i procuratori delle parti o due separate nel caso che non si accordassero. Il giudice che non aderiva alla sentenza aveva facoltà di esprimere i motivi del suo disaccordo dalla maggioranza del collegio decidente.

Nel 1838 fu pubblicato editto con cui fu ammessa la presentazione delle narrative anche al momento della informazione preliminare della causa, fu abolito il compromesso forzato, fu istituito il pubblico ministero, permesse le informazioni, autorizzato i giudici a formulare dubbi con diritto di replica delle parti, che poi concordavano i punti della lite, con che meglio provvedevasi al rispetto della verità in confronto del sistema irragionevole e pericoloso del cod. franc. e del napoletano, della notificazione o concordanza delle narrative o *qualità* allorchè fosse emanata e notificata la sentenza. Notevole era la facoltà del tribunale di invocare il *consiglio del savio*: tal voto motivato teneva luogo di sentenza.

6. Nel ducato di Modena si ebbe nel 1852 un codice di procedura che non poche norme conservò delle Costituzioni estensi del 1771, e non sempre delle migliori: per es. si attenne all'antica pratica del libello cioè dell'obbligo di chiedere al giudice l'autorizzazione di citare; sistema ingiusto perchè l'esercizio di un diritto non può dipendere dalla volontà del giudice ma dalla legge, sistema che poteva sopravvivere a Modena, a Firenze e a Roma ove tutti i diritti anche privati erano sottomessi all'azione diretta dello Stato (però non ammesso a Napoli, Parma, Piemonte). Va pregiato per altre buone regole, come l'esperimento preventivo obbligatorio di conciliazione, l'aver soppresso ogni differenza fra rito ordinario e sommario, l'aver ordinato che in ciascun atto la parte enunciasse i mezzi di prova, l'aver ammesso unico appello e ricorso per nullità e ingiustizia. Fu riconosciuto che sovrastava gli altri codici italiani per rigore di metodo e precisione.

7. A Parma il Codice del 1820 tolse dal francese le forme sostanziali con miglioramenti copiosi e notevoli, relative alla nullità degli atti, alle prove, all'ordine delle discussioni, al permesso alle parti di rettificare nelle conclusioni le primitive domande secondo i risultamenti delle reciproche difese; vietò le domande nuove, ammise allo studio di un giudice relatore le cause bisognevoli di ulteriore esame, anzichè rimetterle, come nel codice francese, a nuova istruzione; limitò l'arbitrio del giudice nella

Digitized by Google

formazione delle sentenze, determinando le varie formalità da adoperarsi nel dispositivo. Lodevole è l'abolizione del decreto del giudice per le citazioni, lodevoli le disposizioni sugli esami testimoniali, da farsi alla presenza delle parti; lodevole il procedimento di falso incidente civile, mezzo di prova e di difesa ignoto alle antiche pratiche; lodevoli le norme di competenza, ricusa di giudice, compromesso volontario, ecc.

Il processo parmense fu detto originale pei miglioramenti e per la novità dell'ordine in cui la materia era distribuita. Profonde differenze vi furono istituite fra rito ordinario e sommario. Una serie di savie regole intorno alla nullità degli atti diminuì le incertezze e i pericoli creati nella giurisprudenza francese dal silenzio della legge. Si vietò al convenuto l'uso di eccezioni generali, vaghe e inconcludenti: al titolo delle prove fu aggiunto quello del giuramento, che mancava nel codice francese, e si prescrissero distinte norme per la delazione e prestazione. Nella discussione pubblica fu permesso al procuratore dell'attore esporre in iscritto i fatti e a quello del convenuto completarli o rettificarli. Si permise di modificare nelle conclusioni le primitive domande secondo il risultamento delle reciproche difese: solo vietato surrogarne altre affatto nuove. Nelle cause che la discussione orale mostrasse bisognevoli di più profondo esame, non si adottarono le formalità di una nuova istruzione scritta con ulteriori produzioni e difese, ammessa nel sistema francese, ma si ordinò soltanto la nomina di un giudice relatore, perchè in scritto riferisse ad altra udienza. Fu provveduto circa le formole nelle parti dispositive della sentenza, abbandonate dal cod. franc. all'uso e all'arbitrio dei giudici. Si prescrisse un termine all'opposizione delle sentenze contumaciali, e si restrinse a un mese quello per l'appello, non ammesso per le preparatorie, interlocutorie e provvisionali. Fu accordato il rimedio della revisione, fondendo in esso quelli della cassazione e del ricorso civile del cod. francese. L'arresto personale fu conservato solo come atto di esecuzione penale autorizzato dalla legge in pochi determinati casi, e non già come conseguenza di una stipulazione consensuale a garanzia delle obbligazioni, dichiarandosi che patto di tal sorta si avesse come non apposto.

I redattori del Codice italiano del 1865 resero il dovuto omaggio al codice parmense accettando non poche sue disposizioni.

Digitized by Google

8. Nel 1817 Pio VII promulgava un Motu proprio di procedura, con molti pregi e ispirato a concetti larghi e liberali. Dal Cod. francese aveva tolto le regole della competenza, le forme della citazione, la classifica delle cause in ordinarie e sommarie. Sanciva la pubblicità delle udienze, la motivazione delle sentenze; aboliva tante formalità inutili, volendo brevità e semplicità senza il velo di clausole emesse in linguaggio sconosciuto alle parti, senza quelle sottigliezze forensi fornite di artifici per prolungare le liti e avviluppare i giudici, dei quali represse ogni apparenza o sostanza di arbitrio, senza però renderli passivi. Nel Motu proprio di Pio VII prevaleva l'oralità. Vi era introdotta una novità che fa onore al Governo pontificio, perchè forse la prima in Europa, quella che stabiliva l'esecuzione dei giudicati stranieri anche senza il principio di reciprocanza [1].

Nel 1834 papa Gregorio XVI promulgò il *Regolamento giudiziario per gli affari civili* che molto si avvicina al francese e fa impressione di legge felicemente nata dal rinverdire del diritto comune e maturata in terra italica, perchè sono mantenuti istituti italici, resi più snelli, senza cioè quella pesantezza loro data dal diritto canonico e costituita dai termini lunghi, dagli incidenti ingombranti, dall'oppressione sovrastante al giudice nella valutazione delle prove. Il Regolamento gregoriano fu una buona legge in cui il meglio della dottrina italiana affermò la sua vitalità contro le leggi copiate dal Cod. francese. I suoi principali pregi sono di avere introdotto buone norme per la pubblicità delle udienze, per la motivazione delle sentenze e pel rigore che volle osservato nei termini, nelle decadenze, al punto da ordinare che ogni contravvenzione inducesse nullità dell'atto, salvo la reiterazione di esso, se non fosse trascorso il termine perentorio per farlo. Furono, in confronto del cod. francese, migliorate le regole per la determinazione delle competenze, la forma delle citazioni, la classificazione delle cause in sommarie e ordinarie, la contumacia, gli incidenti delle liti. Elemento fecondo di utili conseguenze, imitazione od estensione a tutti i tribunali dello Stato di un'antica commendata pratica della Rota, era la pubblicazione, da farsi dal tribunale, di un suo *opinamento* motivato preliminare alla sentenza, il quale si comunicava ad ambo le

---

[1] MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio*, nella *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1907, pag. 339.

Digitized by Google

parti, con facoltà alle medesime di replicare in iscritto o anche a voce in altra pubblica udienza, contro i motivi dell'opinamento medesimo, dopo di che il tribunale si riteneva a sufficienza illuminato per sentenziare (vedi pag. 505, 515). Furono ampliate le regole sulle eccezioni, le prove, le nullità. Furono ammessi due appelli e il ricorso al tribunale supremo della Segnatura. Suo vizio fu di non avere eliminate le numerose giudicazioni o tribunali e i privilegi personali, causa di frequenti conflitti.

9. Nel regno delle Due Sicilie fu conservato il processo civile francese, con notevoli innovazioni nei giudizi di espropriazione (legge 1828). Elemento singolare e proprio della procedura napoletana fu il sistema delle informazioni date agli avvocati, non in segreto, in modo da preparare e rendere più efficace la pubblica discussione.

10. La Sardegna ebbe leggi procedurali nel 1827 per opera di re Carlo Felice. La prima parte delle sue leggi civili tratta anche del *modo di procedere nelle cause civili*: e si può dire che queste furono le prime leggi di procedura, perchè questa fin allora non aveva avuto altra base che la pratica. Qualche editto sabaudo (1759, 1799) aveva cominciato a mettervi un po' di ordine, ma solo le leggi di Carlo Felice provvidero a un ordinamento completo, molto imitando e copiando dalle R. Costituzioni piemontesi che avevano già fatto opera buona pel miglioramento del processo civile, e molto ancora (sui periti, sul giudizio di falso incidente, sul compromesso) dal codice francese [1]. Vi erano però cose molto in arretrato, come il foro speciale pei nobili, feudatari, cavalieri, militari, ecclesiastici, per la religione di S. Maurizio e Lazzaro: come l'evocazione al tribunale supremo in prima istanza colla rinuncia ai due gradi di giurisdizione ammessa in favore delle vedove, pupilli, poveri, come il ricorso diretto al re per grave negligenza dei giudici o denegata giustizia. Era mantenuto il libello e la citazione per decreto del giudice: era conservato ai nobili il privilegio di venir citati per cartello. Larga era l'officiosità del giudice nel respingere le produzioni e comparse inutili, ripetute, con ragionamenti estranei e senza argomenti nuovi, nel multare sì l'avvocato che la parte, frenando anche le dispute troppo lunghe, nell'obbligare la parte, a rispondere personalmente

[1] LATTES, *Le leggi civili e criminali di Carlo Felice*, negli *Studi economico-giuridici della Facoltà di Cagliari*, I, 1909.

Digitized by Google

alle posizioni. L'oralità era timidamente accolta, preferendosi le allegazioni scritte. Le sentenze dovevano essere motivate, salvo quelle del Consiglio supremo e della Udienza reale. Carlo Felice cercò regolare l'esecuzione, che era in Sardegna come in tutta Italia *sorgente di giudizi più complicati delle stesse questioni principali* (come si espresse la Commissione incaricata di redigere il codice), col sistema di aggiudicare ai creditori gli immobili pel valore di stima diminuito di un quarto e colla *datio in solutum*.

11. Degli ordinamenti francesi rimase la Cassazione, adottata in Piemonte, Toscana, Napoli (col nome di G. Corte civile): anche nei ducati di Modena e Parma ogni causa poteva avere un triplice esame, fino al Supremo tribunale di revisione: e lo stesso avveniva nel Lombardo-Veneto, salvo per le sentenze di prima istanza confermate in appello. Tale il procedimento civile fino al 1865.

12. L'arresto per debiti era nelle leggi francesi, e quindi anche i Codici posteriori al 1815 lo mantennero, alcuni anzi con grande profusione. Tale era il Cod. civ. per le Due Sicilie che riconobbe il patto del debitore di subire l'arresto se insolvente, patto che aveva luogo per qualunque debito e per qualsiasi persona, eccetto che fra ascendenti e discendenti, fratelli e sorelle, zii e nipoti, tra coniugi, a danno di donne, e solo per somme superiori a 20 ducati, tranne il caso di debito dipendente da affitto di podere rustico o di casa. L'arresto per disposizione di legge era pronunciato dal giudice in 12 casi, tra cui quello del debitore cui si fosse sequestrato l'immobile e non lo rilasciasse dopo la sentenza di aggiudicazione. L'arresto per sola permissione di legge era ordinato dal giudice contro i fittaioli e coloni parziari, contro quelli che condannati a rilasciare un fondo non obbedivano, ecc. (1931-1935). Ne erano franchi i minori e i settuagenari. Il debitore non poteva essere arrestato avanti il levare e il tramonto del sole, nei giorni festivi, nelle chiese, in casa abitata e nella casa di propria abitazione, e sempre previo reiterato precetto di pagare (Cod. di proc. civ., 863). Anche il Cod. parmense e sardo ammettevano l'arresto convenzionale accanto al legale o giudiziario: ma anche il convenzionale doveva essere ordinato con sentenza. In Sardegna pel Codice di Carlo Felice il debitore ammalatosi era con cauzione messo in libertà provvisoria e così anche per 15 giorni a Natale e a Pasqua.

Nel Lombardo-Veneto l'arresto era mezzo ordinario di ese-

Digitized by Google

cuzione che colpiva anche gli eredi: nel ducato di Modena il Cod. di proced. civ. del 1855 elaborato da giuristi di buona riputazione e di molta dottrina, quali A. Bosellini e B. Verratti, aveva ridotto a pochi casi l'arresto giudiziario escludendo il convenzionale; e così anche negli Stati pontifici il Motu proprio di Gregorio XVI del 1835 permetteva l'arresto in sussidio se mancavano beni e se il debito superava 10 scudi, e sempre quando si agisse contro debitori di pubblico denaro o contro già condannati per cause di commercio, di dolo o stellionato indipendentemente dalla mancanza o insufficienza dei loro beni. In questi casi l'arresto poteva cumularsi col pignoramento e a scelta del creditore. Non si procedeva ad arresto per crediti fra congiunti, contro donne, settuagenari, nelle chiese, nelle fiere: bensì nell'abitazione del debitore, il quale non era ricevuto nelle carceri senza il deposito degli alimenti per 10 giorni, da rinnovarsi per ogni decade dal creditore: « in mancanza di deposito anticipato il debitore sarà posto immediatamente in libertà » (1400): ed era liberato per la cessione dei beni e sempre dopo un anno. In Toscana l'arresto per debiti, come già fu altrove narrato, era stato abolito fin dal sec. XVIII.

13. Inauguratosi in Piemonte il governo parlamentare, furono elaborati vari progetti di parziali riforme (Sineo, 1849, 1852: Siccardi, 1850: Buoncompagni, 1853: Rattazzi, 1854). Nel 1859 il min. De Foresta presentò alla Camera un progetto di Codice che andò in vigore il 1° maggio 1860. Nel 1863 si ebbe il progetto Pisanelli che divenne legge il 2 aprile 1865.

Così al 1865 l'Italia unita si dotò di nuovo codice di procedura civile. Anche al suo primo apparire ebbe censure, e più si attendeva, perchè gli esempi dell'Italia centrale offrivano esempi imitabili. Si disse che non era uno specchio di ordine, di semplicità, di chiarezza, e che peccava anche nella dizione (Borsari). Ai redattori non era mancata la volontà di dare all'Italia una buona giustizia: ma intenti a tutto prevedere e provvedere avevano abbondato nelle cautele e nelle formalità, moltiplicato le proibizioni e gli espedienti per prevenire le male arti e le frodi. Si rimproverava al codice di rispettar troppo i contumaci, di lasciar via troppo libera agli incidenti, di aver sovraccaricate le magistrature minori di attribuzioni superiori alla portata di loro giurisdizione, di aver intrecciato una grande quantità di giudizi quasi *extra ordinem*, di aver diviso l'opera del presidente da quella

Digitized by Google

del collegio attribuendogli iniziative quasi senza confine nei giudizi. Queste e altre critiche non tolgono che il Codice del 1865 non superasse il modello, cioè le leggi francesi, che gravarono come un'oppressione sulle menti di coloro che dovevano dotare l'Italia unita di nuovi codici: e le superava perchè esso rendeva acquisito al procedimento la libertà, la pubblicità e, fra gli strumenti più proficui a questo fine, l'oralità.

Molte leggi successive modificarono il Codice del 1865, a cominciare dallo stesso regolamento giudiziario alla legge sul procedimento monitorio. Il procedimento davanti ai conciliatori fu disciplinato da leggi del 1892 e 1895. Importanza speciale ebbe la legge del 31 marzo 1901 la quale rese eccezionale il rito formale, che per il Codice era l'ordinario, e diede nuove regole per la citazione a udienza fissa, per la dichiarazione di contumacia e la tutela giuridica del contumace (r. decr. 31 agosto 1905), per lo scambio delle comparse e la privata comunicazione dei documenti prima della udienza, per le forme dell'intervento, pei rinvii, per le udienze davanti al presidente e al collegio, ecc.

Al momento in cui io chiudo questa storia e la mia fatica, l'Italia uscita dal travaglio della guerra, nello spirito rinnovato ed alacre, sente il bisogno di porre le sue leggi in armonia con quanto le suggerisce l'esperienza. Anche sull'esempio di leggi recenti straniere vede che sono possibili e pratici miglioramenti in modo da far muovere la gran macchina giudiziaria con maggiore semplicità e precisione senza che siano sminuite le garanzie per le parti e la ponderazione pei giudici e anzi nel senso che siano accresciuti i mezzi di indagine, di esattezza, di riparazione degli errori. È un interesse sociale e un dovere che sia eliminato ogni inutile formalismo e quanto favorisce i subdoli artifici per prolungare le liti, che siano ripristinati i correttivi usati dalle antiche procedure per punire i litiganti temerari, e infine che sia armato il giudice di mezzi idonei per combattere i cavilli, i sotterfugi, i differimenti angarianti, le eccezioni e le nullità futili, tutte quelle cabale che Amleto vide annidate nel cranio dell'avvocato. Al procedimento spetta sopratutto di smentire le parole del filosofo greco: essere la legge una tela di ragno che i mosconi sfondano.

E coll'animo fidente nella scienza giuridica italiana le nuove generazioni nelle quali fremono gli impulsi di una vita morale più elevata, saluteranno l'avvento di nuove leggi procedurali.

Digitized by Google

CAPO XVIII.

Il procedimento criminale nel secolo XIX

1. Se riforme erano opportune nel procedimento civile, erano urgenti nel criminale, poichè in nessuna parte del diritto annidavansi istituzioni e massime antiquate, illogiche e deplorevoli. Qui leggi confuse e incerte, consuetudini formatesi più per nascondere l'insufficienza degli ordini giudiziari che per scoprire la verità, la società più armata contro la criminalità in genere che contro il singolo, donde il segreto, la tortura, la prevenzione di reità in ogni imputato. Timide riforme si erano appena accennate durante il sec. XVIII. Alcuni giuristi (negli Stati pontifici Miroglia, Renazzi, Ursaia; in Toscana Caballo e Sabelli; a Napoli Caravita) avevano raccomandato ai giudici moderazione e largo uso della ragione nella valutazione delle prove: anzi in Toscana fino dall'epoca medicea e dai primi tempi dei Lorenesi erasi formata una pratica procedurale in senso di mitigare il rigore delle leggi, e si può dire che la dottrina e la temperanza illuminata dei tribunali precedettero le riforme di Leopoldo II, le quali non apparivano come una novità e trovarono gli interpreti già preparati (Maccioni, Urbani, Giusti, ecc.).

Fu solo col diffondersi dello spirito filosofico dei giusnaturalisti e degli enciclopedisti francesi, che in Italia invece di sofisticare sulle leggi e le loro applicazioni, posto il problema della ragione delle pene, si riconobbe che condanna non meno severa doveva pronunziarsi contro il procedimento: da pochi in verità e con minor fervore e coll'opinione pubblica indifferente ed apatica, anzi contro scrittori solleciti nel difendere le pene esorbitanti, l'arbitrio del giudice, le prove privilegiate e la stessa

Digitized by Google

tortura [1]. Fu perciò che le stesse moderatissime riforme di Leopoldo di Toscana del 1786 non furono seguite dagli altri sovrani, legati al passato, timorosi di ogni novità e forse col sentimento che toccare anche lievemente una tavola di quella tarlata impalcatura facesse rovinare il mal connesso edificio.

Qual fosse la procedura criminale alla fine del 700 l'abbiamo descritto colle severe parole del siciliano De Blasi (vedi sopra, pag. 393): ora giova anche ascoltare la condanna che ne faceva nel 1806 un precursore di riforme, il napoletano Galanti:

Si hanno due giustizie, l'una pel povero, l'altra pel ricco. Molti tribunali e pochi magistrati che affidano le cause ai subalterni, che vendono la giustizia. Se niente si paga, niente si fa. L'offeso deve pagare. Egli è sempre il più danneggiato, onde preferisce subire l'oltraggio. Molti delitti per queste ed altre ragioni restano impuniti. Le informazioni si prendono se l'offeso paga. I tribunali sono officine di ogni genere di estorsioni. Gli uffici di mastrodatti e segretari sono venduti o affittati, e quelli che li esercitano si rivalgono della spesa ricattando gli offesi, i testimoni, gli imputati. Il derubato paga le diete e il soggiorno dell'informatore che è andato sul posto; altrimenti l'informazione non è presa. Se il reo ha denari, se l'intende coll'informatore ed esce libero: se non ne ha, andrà sulla forca, e così l'informatore mostra il suo zelo. Vi è arbitrio nel definire il reato, nella qualità della prova, nel genere della pena. La causa si discute fra giudice e avvocato dei poveri, con una specie di transazione. Per la revisione i condannati di provincia sono mandati a Napoli, *per catena*, cioè legati al collo, una volta all'anno. Per salvare l'onore del tribunale non si proscioglie l'innocente *tamquam innocens*, ma si dice: *liberetur in forma qua causa recipiatur*: e per due anni il prosciolto resta sotto l'accusa e consegnato a persona idonea che a richiesta lo ripresenterà in giudizio » [2].

Tanti difetti, come si è detto, già avevano suscitato critiche;

---

[1] Scrisse in favore della tortura il Malerba di Palermo, il Rusca di Lugano, 1776. A Verona un Montanari propugnò la pena di morte. Tomaso Natale, 1735-1819, *Riflessioni positive intorno all'efficacia delle pene*, 1772, ed. 1895, combatte la pena capitale non la tortura. De Simoni in Lombardia sostenne l'arbitrio del giudice e le prove privilegiate. Riforma procedurale chiedeva Tomaso Briganti napol. in un libro pubblicato nel 1747. Vedi SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 1921, pag. 157, 811.

[2] *Testamento forense*, Venezia, 1806, vol. I, pag. 25, 70.

Digitized by Google

non solo le pene sproporzionate ma le stesse regole del procedimento inquisitorio erano un anacronismo nella nuova società che anche in Italia si andava formando. Il segno della riscossa fu dato da Beccaria; ma la maggior battaglia si impegnò a Napoli, dove di riforme era più sentito il bisogno. Baldassarre Imbimbo mise in chiaro gli abusi degli avvocati nei tribunali di Napoli; e Antonio Genovesi affermò la necessità di una buona giustizia penale, iniziando una scuola a cui appartennero Domenico Caracciolo, Giuseppe Palmieri, Filippo Briganti, Domenico De Gennaro, Francesco Grimaldi e sopratutto Gaetano Filangieri (1752-1788), autore della *Scienza della legislazione*, ove notava l'assurdità delle prove legali e accennava alla maniera per conciliare la certezza morale del giudice col criterio legale; e accanto a lui Francesco Mario Pagano di Brienza (1748, m. sul patibolo nel 1799), il divulgatore più diretto delle novità francesi, l'interprete dell'assimilazione che il mondo colto faceva dei principii dell'89, professore all'Univ. di Napoli, ove scrisse le *Considerazioni del processo criminale*, i *Principii del Cod. pen.* e *la Logica dei probabili* (1).

2. Gli avvenimenti precipitarono colla venuta dei Francesi che portarono collo spirito nuovo le leggi nate nel seno della rivoluzione, quelle procedurali criminali del 1789, 1791, 1796 e poi il Codice di istruzione criminale del 1808. Questo, che servì poi di modello ai codici italiani del sec. XIX, non era che una fusione abbastanza riescita di quanto di meno ingiusto e di più razionale esisteva nelle leggi procedurali precedenti, le quali in Francia, come del resto in Italia, eransi successivamente svolte attorno a due principii antitetici, l'uno dell'accusa pubblica, della prova orale, della pubblicità nelle discussioni, l'altro della inquisizione scritta e segreta. Questi due principii che rappresentano la lotta, eterna nella storia, della sicurezza sociale contro la libertà individuale avevano fatto in Francia le loro prove, il primo al sec. XV, il secondo nei secoli posteriori: contemperarli fra loro sceverandone il buono dal cattivo, ecco quanto si proposero i legislatori francesi; e vi si provarono dopo diversi tentativi, a

(1) Nessuno ricorda che il MURATORI (*Della pubbl. felicità*, c. IX) chiamò la tortura *pericoloso mezzo per ricavare la verità dai pretesi colpevoli*. Il Pagano non escludeva l'uso della tortura nè quello della pena straordinaria. Su lui vedi PETTI, 1921, FINZI, 1924 e sugli altri pubblicisti napoletani della 2ª metà del 700, AMELLINO, *I principii del diritto e della proced. penale a Napoli nei sec. XVIII e XIX*, 1895; GENTILE, *Dal Genovesi a Galluppi*, 1920.

Digitized by Google

cominciare dalle prime riforme del 1789 che vollero fare assistere l'imputato dall'avvocato in tutte le fasi dell'istruttoria, fino alle leggi del 1790, 1791, che istituirono i giudizi permanenti, la camera di consiglio, il giurì di accusa e di giudizio, il pubblico ministero colla discussione pubblica e la Cassazione. Su queste leggi fu composto il Codice, che conservò l'informazione scritta affidata ai giudici di istruzione, mantenne il segreto dell'istruttoria fino all'interrogatorio dell'accusato fatto dal presidente delle assisie, cioè alla vigilia della discussione e alla stessa epoca gli diede il diritto di farsi assistere da un consulente, istituì la Corte di Assisie con giudici permanenti e giudici giurati: volle pubblica l'udienza, mai segreto il voto dei giudici e dei giurati, e questi dichiaravano la colpabilità, mentre i giudici stabilivano la pena.

È fuori di dubbio che questo codice portato in Italia significava una vera rivoluzione. Dietro di esso non restavano che rovine. Certo risalendo nel corso della storia, anche l'Italia poteva dire che aveva conosciuto e la pubblicità e il giudizio cogli scabini e l'accusa di un pubblico ministero e la libertà di difesa. Non vi è nulla di nuovo nelle leggi e anche il codice francese non aveva fatto che riunire usi, consuetudini, regole già maturate dall'esperienza. Ma all'aurora del sec. XIX l'Italia era lungi dai progressi che d'un colpo realizzava la legislazione francese nel campo del procedimento penale: i governi erano troppo retrivi per porsi sulla vie di riforme così radicali. D'un tratto scompariva un procedimento ormai ripugnante alla stessa coscienza italiana.

È dovere di giustizia verso un nostro grande, G. Domenico Romagnosi, ricordare come nel 1806 componesse un codice di proc. pen. per incarico avutone dal governo del regno italico. Il progetto parve troppo liberale e non divenne legge. Il cod. francese incontrò in Italia unanime favore, e tosto pose radici così profonde che nemmeno i governi della ristaurazione osarono ripristinare i passati ordinamenti. Gli animi non avrebbero tollerato: i pochi anni di applicazione di quel doppio processo inquisitorio ed accusatorio, di pubblica discussione, di intervento di giurati, di prova valutata nella coscienza morale, di eguaglianza di tutti davanti alla legge, tutte queste novità solide e liberali avevano conquistato la pubblica coscienza. Si sentiva che il Codice francese aveva portato in Italia alcuni principii intesi a tutelare la personalità umana — erano quelli che Beccaria aveva proclamati — e la furia della reazione non osò rinnegarli.

Digitized by Google

3. Così fu che la oralità e la pubblicità dei dibattimenti furono consacrate in alcuni codici posteriori al 1815, che pure accolsero il principio di non procedersi ad arresto senza mandato di giudice, dell'immediato interrogatorio, di una più facile libertà provvisoria, del pubblico ministero. I primi a sanzionare il sistema misto, cioè l'inquisitorio per la istruzione preparatoria, l'accusatorio pel giudizio definitivo, furono il Cod. per le Due Sicilie, 1819, e il parmense 1820, a cui seguirono il lucchese e il toscano 1838, ma tutti senza giurati (1). Napoleone I nel 1805 aveva detto che gli Italiani non erano maturi per la giuria! e il governo austriaco, che nel 1848 aveva introdotto i giurati nei suoi territori e nel Tirolo meridionale, ne aveva eccettuato il Lombardo-Veneto!

Invece negli Stati pontifici anche colle leggi del 1831, in Piemonte con quelle del 1847, nel Lombardo-Veneto con quelle del 1850, a Modena con quelle del 1855 (perchè in tutti questi stati per quasi la prima metà del sec. XIX restarono in vigore le leggi precedenti) si mantenne il processo inquisitorio e segreto, coll'intervento dell'avvocato all'udienza finale. Pareva che bastasse la guarentigia delle prove legali a cui il giudice doveva attenersi, perchè la condanna fosse giusta; e lo era se conforme alle prove, la discussione cadeva sulla conformità delle prove alla prescrizione della legge; e tal sistema imperò fino alla metà del sec. XIX. E per dare un'idea di tali procedure, aggiungeremo che il Regolam. pontificio del 1831, che riproduce molte norme francesi ma con minori garanzie, voleva pubblicati gli atti dell'istruzione segreta, con nomina del difensore: che in Lombardia solo dopo il 1848 fu concesso al difensore prender cognizione degli atti processuali e chiedere nuove indagini.

Anche in Toscana, ove eransi realizzate buone riforme nella valutazione dei reati e nell'applicazione delle pene, il procedimento penale si rivelava arretrato, lamentandosi una esagerata influenza del sistema inquisitorio. Solo nel 1838 e 1842 alcuni inconvenienti si rimossero introducendo il sistema dell'accusa, restando però sempre mal definite le attribuzioni del pubblico ministero e del giudice inquirente. I giudici decidevano secondo coscienza: deploravasi che le sentenze non fossero motivate.

4. Invece il Piemonte, retrivo ancora in tante cose, con editti

(1) ADEMOLLO, *Giudizio criminale in Toscana*, 1840, pag. 2-56; FORTI, *Legislazione di Leopoldo II*, 1856.

Digitized by Google

del 1830 si era mostrato meno restio a rinnovare una specie di pubblico dibattimento colla presenza del reo all'udienza, e per di più aveva voluto che le sentenze fossero motivate. Una vera pubblicità dei dibattimenti si ebbe nel 1847; poi nel 1848 la legge sulla stampa introdusse una grande innovazione, la giuria nei reati di stampa; e fu vero progresso perchè nessuno degli Stati italiani ammetteva questa forma di giudizio popolare: e ancor peggio perchè pure essendo ovunque istituite magistrature permanenti, non era escluso che nel giudizio definitivo potessero intervenire anche quei giudici che avevano promossa l'accusa e istruito il processo.

La Sardegna ebbe leggi procedurali criminali per opera di Carlo Felice nel 1827. Fino allora era stata governata dal *Formulario* del 1736, raccolta di massime romane e di altre tolte dalle opere di Claro, Farinaccio, Conciolo, ecc.; e a questo formulario non poche innovazioni portò la nuova legislazione. Si aveva una procedura sommaria, in parte conforme alle leggi romane, alle Pramm. sarde e alle Costit. piemontesi, pei delitti leggieri. I processi non potevano istruirsi segretamente senza ordine speciale del re e anche in tal caso valevano ad informar la giustizia non a fondamento di condanna. La cattura non poteva avvenire che per decreto di giudice, su prova semipiena: l'imputato era interrogato e colla risposta si aveva contestata la lite e si iniziava il período difensivo. I testi dell'*alibi* (*negativa coartata*) si incarceravano per incutere loro maggior terrore: era confermata l'abolizione della tortura (già iniziata nel 1799 e 1821), ma nessuna garanzia di pubblicità e di oralità era sancita. Non erano stabilite norme per le prove, ma dichiaravasi bastare due testi per condannare, e in caso di furto il solo giuramento del derubato se persona proba, col concorso di qualche indizio o testimonianza: abolivasi però la prova detta privilegiata, cioè di un teste con qualche indizio accessorio. Si riconosceva un procedimento *economico* nei reati di giuoco, vagabondaggio, oziosità, con pena straordinaria minore dell'ordinaria. Era abolita l'*incarica* per cui le comunità e i pastori vicini erano tenuti a rispondere dei danni quando non si scoprivano gli autori [1]. Stabilivansi garanzie pei contumaci.

---

[1] MONDOLFO, *Responsabilità e garanzia collettiva*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XXIX; LATTES, *Leggi civ. e crim. di Carlo Felice*, pag. 251 e 277.

Digitized by Google

ma conservavansi le antiche misure contro i banditi, che però non erano più esposti a pubblica vendetta senza una dichiarazione speciale emanata dal re dopo il voto della R. Udienza e in circostanze straordinarie.

5. Non si può pronunciare un'assoluta condanna di questi codici. Quello delle Due Sicilie, il più modellato sul francese, aveva bene regolata la prova generica del reato, garantita la inviolabilità domiciliare, vietato l'arresto se non su mandato di cattura da omologarsi, entro 24 ore, dalla Gran Corte criminale, permessa su larghe basi la libertà provvisoria, ordinato che l'interrogatorio seguisse subito dopo l'arresto, che le circostanze a discolpa fossero liquidate dallo stesso giudice inquirente. Dopo il libello di accusa formulato dal procuratore generale, doveva seguire la deliberazione di ammissibilità o di rigetto. Nel primo caso aveva luogo la discussione pubblica e orale, e la sentenza era pronunziata sul fatto e sul diritto da sei giudici a maggioranza. Se dichiaravasi che le prove erano insufficienti, dovevasi ordinare la libertà provvisoria. Ma intanto si permetteva al procuratore generale di istruire per suo conto, come il giudice istruttore da parte sua poteva intervenire nel giudizio definitivo elevandosi così a giudice delle prove da lui stesso raccolte e disposte come gli era parso; e la Corte che aveva pronunziato l'accusa, giudicava definitivamente l'imputato, e quel che era più grave e pericoloso, le stesse Corti criminali, elevandosi per alcuni determinati misfatti in Gran Corti speciali, col semplice aumento di due votanti, rendevano in ultima istanza decisioni emancipate da qualsiasi revisione di Corte suprema.

6. Si era però ammesso l'appello in Piemonte, Modena, Due Sicilie: in Toscana, a Parma, a Roma vigeva il sistema della revisione. Il Cod. di proced. criminale per gli Stati estensi (Modena) del 1855 voleva il rimedio dell'appellazione per tutte le sentenze, pel condannato, pel procuratore ducale e per la parte civile, e diceva doversi sempre far luogo all'appello per ministero di legge a favore del condannato a morte: anche qui processo non pubblico, con sola lettura degli atti e delle testimonianze raccolte nella istruttoria, alla presenza dell'imputato e del difensore. E oltre l'appello era concessa la revisione per le condanne all'ergastolo a vita o a tempo, fossero, secondo i casi, le due sentenze conformi o difformi (art. 381): e non richiedevasi il motivo della violazione di legge e della inosservanza di forma voluta a pena

Digitized by Google

di nullità: quindi in ciò il Cod. estense era più largo del Cod. delle Due Sicilie (324-330).

7. I Governi che tennero soggetta l'Italia dal 1815 al 1860 col terrore e sempre in lotta contro le aspirazioni nazionali e liberali, combattendo la loro aspra battaglia con tutti i mezzi, non esitavano a sottrarre i giudicabili politici ai tribunali ordinari istituendo Commissioni o *Giunte* speciali e statarie, Corti marziali, cosichè davanti a Commissioni di militari venivano giudicati gli imputati di congiure, di scritti contro l'ordine costituito, tutti coinvolti nell'accusa di alto tradimento; e tali processi finivano con condanne alla forca, al carcere duro e perpetuo. Furono tali Commissioni che nel 1822 pronunziarono condanna a morte, commutata nel carcere di Spielberg, contro Silvio Pellico, Federico Confalonieri e Piero Maroncelli; a Modena nel 1831 mandarono al patibolo Ciro Menotti e Vincenzo Borelli colla condanna di altri 36 a morte e 25 a galera a vita, ecc., e in Lombardia nel 1849 fecero impiccare don Giovanni Grioli, Tito Speri, Amatore Sciesa, Dottesio, Enrico Tazzoli, Poma, Zambelli e gli altri martiri di Belfiore.

L'Austria nel Lombardo-Veneto aveva legalizzato questo procedimento straordinario col *Codice delle trasgressioni politiche* contro la sicurezza del comun vincolo dello Stato e la pubblica tranquillità (appartenenza a società segrete, ammutinamento, stampa di libri vietati, istigazione ad emigrare e contro le superiorità). Anche in questi casi facevasi luogo al ricorso o alla domanda di grazia. Solo nel 1853 nel Lombardo-Veneto fu introdotta anche pei processi politici, sulla base del metodo inquisitorio, l'oralità nel processo e la parità di condizione fra accusa e difesa.

8. La Sardegna, che anche colla promulgazione del Codice di Carlo Felice, 1827, non aveva conosciuto eguaglianza di tutti davanti alla legge penale, nè aveva esperimentato i benefizi delle riforme attuatesi in altre parti d'Italia (perduravano le prove legali e altri avanzi di un passato incivile), nel 1857 si liberò di un procedimento antiquato, allorchè le furono estese le leggi piemontesi.

9. Nel 1859 fu promulgato a Torino il Codice sardo di procedura penale che segnava un progresso: era eccessivamente pedissequo alle leggi francesi, e questa servile imitazione fu giustamente riprovata, come indegna di un popolo che doveva essere memore

Digitized by Google

delle sue gloriose tradizioni, e poi come non rispondente ai precedenti storici, alle abitudini, costumanze, tendenze italiane. Gli si rimproverava in ispecie la soverchia influenza del procuratore del re, la negata libertà provvisoria, le ampie attribuzioni date al giudice istruttore, ecc. Fu presto imposta una riforma, e col Codice del 1865 altri progressi si raggiunsero, che poi meglio furono concretati con quello del 1913. Intendimento del nuovo legislatore fu di accrescere la tutela della libertà personale dell'arrestato, in modo, per es., di restringere ai minimi termini il concetto di flagranza, di aumentare i casi di scarcerazione, di presentare immediatamente l'arrestato al giudice, di interrogarlo senza indugio. Innovazioni furono introdotte in materia del cumulo dell'azione civile nel giudizio penale e di chiamata in giudizio del responsabile civile. Fu abolito il riassunto del presidente: fu mantenuta la giurìa, sebbene ridotta di numero e con mutato sistema di votazione, quella giurìa della quale gli Italiani sono degni e che, malgrado le sue debolezze — e ne hanno tutte le istituzioni umane — avvicina le genti alla giustizia rendendola veramente popolare e dando la sensazione che il diritto offeso ha piena difesa, e l'imputato ha tutte quelle guarentigie, che sono, come dice il Carrara, il palladio della società.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO

DELLA PARTE PRIMA E DELLA PARTE SECONDA

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO DELLA PARTE PRIMA

Acceptor litis, 398.
Actio ad exhibendum, 389.
Adstantes, 45, 184, 97.
Adulterio, 118.
Advocatus, 180.
Affitti, 92.
Aldi (Poteri sugli), 143.
Amalfi, 94.
Apparitores, 80.
Arabi, 98.
Arbitrato, 343.
Arbor actionum, 217.
Arimanni, 72.
Arconti, 98.
Apparitores, 26, 397.
Appello, 27, 51, 59, 60, 163.
Assemblee, 50, 54.
Auditoria sacra, 17.
Audientia episcopalis, 27, 29.
Avarie, 92, 103, 352.
Avvocati, 319.
Azione, 217, 309.

Baiuli, 98.
Bannum sanguinis, 194.
Benevento, 78.
Blasphemare iudicium, 337.
Boni homines, 95.

Cadì, 98.
Candidati, 97.
Capua, 78.
Carta, 283.
Catapani, 78, 97.
Cause matrimoniali, 119.
Causidici, 53.
Centenarius, 97.
Cessione di azioni, 209.
Chartula securitatis, 97.
Chierici, 274.
Citazione, 26, 207, 219.
Clamore, 407.
Colliberti, 232.
Comes Gothorum, 22.
Competenza, 208, 210.
Compositori amichevoli, 343.
Conciones, 89.
Confessio in iure, 399, 400.
Confisca, 308, 361, 369.
Congiuratori, 261.
Consiliarii, 53.
Consiglio maggiore, 92.
Consorti, 232.
Consulares, 18.
Contumacia, 26, 209, 310.
Corona, 99, 418.
Corsica, 101.
Corte, 133.
Curadore, 98.
Curia magna, 156.

Dalmazia, 101.
Dativi iudices, 83, 85.
Decani, 38.
Defensor civitatis, 17, 20, 109.
Denuntiatio evangelica, 56, 352, 357.
Diffamatio, 356.
Dilazioni, 321.
Diniego di giustizia, 326, 327.
Doge, 89.

Digitized by Google

Duchi longobardi, 37.
Duello, 179, 250, 288, 389.

Ebrei, 267.
Eccezioni, 327.
Editio actionis, 397.
Emendare iudicium, 339.
Episcopalis audientia, 27, 29.
Eretici, 359.
Esaminador, 92.
Esecuzione della sentenza, 348, 363.
Esecuzione privata, 376.
Evangelica denuntiatio, 352.
Evocare pro iustitia, 173.
Eucarestia (Prova della), 295.
Executor, 217, 401.
Extraordinariae cognitiones, 217.

Fama, 353, 358.
Fegangi, 224.
Fideles, 52.
Flagranza, 348.
Forinseci, 90.
Formalismo, 256.
Foro ecclesiastico, 102-126.

Gaeta, 33.
Garenzie pei canoni, 380.
Gastaldi, 38.
Gesta, 357.
Giuramento, 26, 252.
Giuramento di calunnia, 240.
Giurisdizione ecclesiastica, 28.
Giustizia denegata, 50.

Homines credentes, 272.
Hypati, 96.

Immunità, 127-149, 177.
Imperium merum, 163.
Induciae, 408.
Infamatio, 353.
Inquisitiones, 52, 120, 147, 240, 276, 351.
Inquisitorio procedimento, 345.
Interrogatori, 315.
Intertiatio, 318, 384, 385.
Intromissio a publico, 374.
Investitura, 389.
Investitura salva querela, 374.
Istria, 94, 101.
Istruzione della causa, 237.
Iudices dativi, 85.
Iuramentum calumniae, 26, 149, 240, 347, 409.
Iuratores, 354.
Iurisdictio, 163.
Iustitia, 139.

Laudatio actoris, 390.
Laudatores, 91.
Leggi suntuarie, 92.
Levare testes, 272.
Libello, 397.
Libri poenitentiales, 353.
Licentia pignorandi, 380.
Lictores, 80.
Ligatio, 223.
Literae commissionis, 160.
Loci servatores, 68, 94.
Locoposito, 61, 66.
Longobardi, 30.

Magna Curia, 158.
Maiores de scolca, 99.
Mallatio, 227.
Mannitio, 221.
Matrimoniali cause, 119.
Merum et mixtum imperium, 189.
Missi dominici, 52, 54.
Missio in bannum, 370.
Missio in bona, 368.
Monarchia franca, 68.
Monasteri regi, 77.

Naufragio, 92.
Negligenza del giudice, 334.
Notariato, 76.
Notaro, 399.
Notitia iudicati, 79.
Notoria, 357.
Nuncius, 397.

Onere della prova, 301.
Optimates, 54.
Oralità, 237.

Digitized by Google

Ordalie, 250.
Ordo iudiciorum, 16, 208.
Orfani, 232.
Ostendere cartam, 287.
Ostrogoti, 14, 207, 368.

Palatini iudices, 171.
Palatium regis, 33, 49.
Pari (Giudizio di), 163, 189-192.
Patrimonio di S. Pietro, 81.
Patrocinium, 129.
Patto compromissorio, 138.
Pegni, 26.
Penitenze, 118.
Perenzione, 322.
Petitio, 400.
Pignoramento, 517.
Pignoramento privato, 139.
Piovego, 92.
Placito, 53, 62, 63.
Potentes, 52, 129.
Poteri sui servi, 141.
Poveri, 235.
Praefectus annonae, 19.
Praefectus urbis, 19, 82.
Primicerius, 92.
Privilegi processuali, 149.
Procedimento accusatorio, 345.
Procedimento privato, 39.
Proclamatio, 399.
Procuratore, 231.
Prorogatio fori, 110.
Prova per testimoni, 268.
Pugna, 161.

Querimonia, 410.

Rappresentanza, 230.
Ravenna, 396.
Recidivi, 359.
Reclamatio, 337.
Referendarii, 79.
Replicatio, 400.
Ricorsi al re, 341.
Riesame della causa, 342.
Rimedi ordinari, 343.
Rivendicazione, 383.
Roma, 81, 200, 394.

Salerno, 76.
Sapientes, 11.
Sardegna, 205, 416.
Satellites, 80.
Scabini, 61, 69-74.
Sculdais, 41.
Sicilia, 204.
Senatores, 87.
Senior, 337.
Sequestro, 366.
Sospetto di fuga, 365.
Spatari, 97.
Stallie, 92.
Stregoneria, 97.
Synodus, 354.
Synodalia iudicia, 355.

Tabelliones, 79, 165.
Teodorico, 14.
Testi, 268, 348.
Traditio cartae, 283.
Tribunale aulico, 172.
Tribunali romani, 87.

Vendetta, 17, 215.
Vendite pubbliche, 387.
Venezia, 88, 407.
Vescovi, 28.
Vicarius, 19.
Vis, 365.

Wadia, 228, 367, 370.
Wifa, 370.
Warentare, 390.

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO DELLA PARTE SECONDA

Abati, 104.
Abilitazione, 387.
Abolitio, 394.
Abrupto, 345.
Absolutio ab instantia, 141.
Abusi degli avvocati, 233.
Accordi, 726.
Accusa, 347, 349.
Accusatore, 313.
Accusatore fiscale, 351.
Acqua fredda (Prova dell'), 417.
Acqua bollente (Prova dell'), 418, 421.
Acta curialisca, 661.
Actio ad exhibendum, 441.
Adnotatio bonorum, 399.
Adstantes, 44.
Adulterio, 85, 378, 381, 462.
Affida, 724.
Affidandi ius, 125.
Affitti, 92.
Alberghi dei nobili, 536.
Albo chiuso degli avvocati, 743.
Alimenti, 336, 567, 709.
Allegata, 174, 236.
Allegatio nullitatis, 682.
Amalfi, 92.
Amnistie, 394, 542.
Analfabeti, 447.
Animali, 642.
Apoche bancarie, 246, 442.
Apodixae, 668.
Apostasia, 88.
Apostoli, 572, 583, 616.
Apparitores, 175.
Appello, 12, 70, 519, 522, 543, 614, 742.
Appello extragiudiziale, 613.
Appuramento dei fatti, 746.
Aprise, 362.
Arabi, 18.
Arbitramento degli indizi, 393.
Arbitrato, 32, 128, 180, 184.
Arbitrio del giudice, 410.
Arbitrium, 167, 345.
Arbitro, 49, 181.
Arbores, 213.
Archivi, 441.
Armi, 733.
Armi regie, 696.
Arresti forum, 197.
Arresto, 653, 669, 705, 787.
Arresto in casa, 385.
Ars articulandi, 437.
Ars dictandi, 174.
Arte della seta, 98.
Articoli, 154, 311, 319, 414.
Artigiano, 640.
Assegnazione a sentenza, 296.
Assente, 734.
Assessore dell'Università, 351.
Assicurazione, 712.
Assistenza, 697.
Assolutismo, 542.
Assoluzione, 389, 542.
Aste, 729.
Attentati, 210, 304, 581, 653.
Auctoritate propria, 632, 638, 648, 684, 734, 750.
Audientia regia, 45, 57.

Digitized by Google

Auditore di camera, 45, 145.
Auditore di guerra, 30, 56.
Auditore fiscale, 34, 230, 379.
Avarie, 128.
Avocaria, 66.
Avocazione, 206.
Avvocati, 41, 220, 309, 323, 500, 742, 746.
Avvocato fiscale, 36.
Avvocato dei poveri, 31, 38, 227.
Avvogadori, 40.
Azione popolare, 215, 363, 739.
Azioni possessorie, 336, 342.
Azioni reali e personali, 87, 240, 242.

Bagliva, 69.
Baiuli, 19, 20.
Bancarotta, 722.
Banchi, 112.
Banchum iustitiae, 176.
Banco del rifiuto, 115.
Banditi, 213.
Bando delle teste, 403.
Bannum, 264, 397, 615, 626, 672, 754.
Bannum sanguinis, 6, 8, 63.
Baratteria, 653.
Barbacovi, 780.
Barone, 429, 701.
Beccaria, 395, 462, 484, 491, 542, 791.
Beneficio del mezzo soldo, 733.
Beneficio del terzo, 690.
Beneficium, 276.
Beneficium competentiae, 692.
Beneficium miserabile, 730, 735.
Beneficium novorum, 578.
Beneficium ordinis, 708.
Beneficium primum, 323.
Beneficium quindenae, 732.
Beneficium quinquennale, 674, 675.
Beneficium secundum, 602.
Beni feudali, 691.
Berlina, 375, 723.
Berretto verde, 717, 718.
Bestemmia, 84, 119.
Biffa, 699.
Blasmo, blasmati, 112, 328, 675.
Bocca della verità, 356, 385.
Bollare le porte, 104.
Boni homines, 4, 9, 173.
Boni viri, 188.
Borghi franchi, 64, 710.
Boschi, 137.
Buoi, 686, 729.

Cabale forensi, 340.
Caccia, 137.
Cadavere, 703.
Cadì, 18.
Calunnia, 353.
Cambiale, 712, 732.
Cambiatori, 99.
Camera dei conti, 138.
Camera mercantile, 106.
Camera reale, 50.
Camerarii, 360.
Camparii, 360.
Campiones, 419.
Cancellerie, 371.
Candele, 56, 509.
Capitale mobiliare, 548.
Capitalismo, 687.
Capitoli, 321.
Capitoli nuziali, 639.
Capitula, 423, 427.
Captura indebita, 756.
Captura verbalis, 702.
Capuccio verde, 730.
Carcerazione di carte, 497.
Carcere, 72, 392, 677, 705, 708.
Carcere privato, 631, 705.
Carestie, 708.
Caricatori, 55.
Carmignani, 492, 780.
Cassazione, 140, 622, 778, 788.
Cattura, 260, 689, 796.
Cause marittime, 32.
Cause mercantili, 209.
Cause possessorie, 566.
Cause sommarie, 138.
Cause spirituali, 75, 77, 548.
Cautela di Bartolo, 753.
Cautela di Maranta, 472.
Cautio de lite prosequenda, 691.
Cautio de tenendo domum, 755.

Digitized by Google

Cautio iudicatum solvi, 276, 690.
Cautio iuratoria, 650, 653, 712.
Cauzioni, 276, 677.
Cavalieri dell'Annunziata, 30.
Cedola, 250, 260, 343.
Cedula ad exequendum, 757.
Censi bollari, 74.
Certezza morale, 493.
Cessante, 722.
Cessio bonorum, 674, 695.
Cessio in potentiorem, 740.
Cessione, 215, 713.
Cessione di azioni, 740.
Chiamata in garantia, 760.
Chierici, 10, 429, 692, 710.
Chiesa, 710.
Chirurgi, 376.
Citatio realis, 398, 734.
Citazione, 245, 252, 786.
Citazione a cogliere, 496, 746.
Città Stato, 348.
Clamore, 249, 328, 338.
Clausola iustificatoria, 636, 687.
Clausola salutaris, 251, 528, 768.
Clausola si senseris, 656.
Clementina Dispendiosam, 333.
Clementina Saepe, 333, 523.
Cognitio dimidia, 334.
Cognitio iudicialis, 169.
Cognitio summariissima, 341.
Collegi giudiziari, 508.
Collegio dei trenta savi, 40.
Colloquium friulano, 41.
Collusione, 695.
Coloni, 640, 643, 734.
Commercianti, 306.
Comparsa, 154.
Competenza, 191, 745, 786.
Composizioni, 621.
Compra di liti, 214.
Compromesso, 161, 785.
Compulsoriae literae, 175.
Computo aritmetico, 391.
Concilio di Trento, 77.
Concistorium, 18, 55.
Conclusum, 283, 322, 323, 494.
Concomitare, 325, 496.
Concordati, 90, 727.
Concubinato, 91, 382.
Concursus creditorum, 698.
Condanna nelle spese, 535.
Condemnatio, 662.
Condomini, 691.
Confessione, 310, 316, 317, 443, 658, 748.
Conflitti di giurisdizione, 576.
Conformità di sentenze, 582, 584, 586.
Confusum, 385.
Congiuratori, 417.
Congruo, 339, 694.
Connessione di causa, 210.
Conservatore degli studi, 29.
Consiglio aulico, 56, 561.
Consiglio dei dieci, 40.
Consiglio di giustizia, 35.
Consiglio di sapiente, 498, 739.
Consiglio segreto, 35.
Consolato di mare, 29, 136.
Consolato di terra, 51, 103.
Consoli, 7, 8.
Consoli delle arti, 209.
Consortium litis, 212.
Constituto, 386.
Consulta, 33.
Consulta civile, 142.
Consultatio, 499.
Consultatio ad principem, 505.
Consultore, 34.
Contadino, 429, 641.
Contestazione di lite, 296.
Contestazione finta, 301.
Continentia causae, 289.
Contraddittori, 746.
Contraddittorio, 304.
Contrarietates, 174.
Contrario effetto, 498, 506.
Contrario impero, 532, 610, 667.
Contratti giurati, 89.
Contumacia, 264, 306, 396, 567, 754.
Corone, 89.
Corone solenni, 177.
Corporazioni, 97, 209.
Correzione di sentenza, 533.
Corruzione di giudice, 597.

Digitized by Google

Corti criminali, 146.
Corti dei pari, 67.
Corti di revisione, 36, 788.
Cosa giudicata, 518, 544.
Coscienza sacra, 55.
Costanza (Pace di), 2, 556, 558.
Crediti, 685, 687.
Crediti giurati, 756.
Creditore privilegiato, 664.
Criminalità, 391.
Cumulo di azioni, 288.
Curatores ad lites, 262.
Curia, 18.
Curia del cappellano, 90.
Curia di Macerata, 48.
Curia magna, 48.
Curia maris, 107.
Curia mercantile, 330.
Curia regis, 55.
Cursores, 675.
Custodia honesta, 711, 712.

Dammusi, 486.
Danni, 276, 641.
Datio in solutum, 680, 788.
Debitore sospetto, 649.
Decadenza, 281.
Decedium appellationis, 571.
Decretale Dispendiosam, 333, 768.
Decretale Saepe, 333, 768.
Decretazione dell'abnegazione, 49.
Decreto primo, 265.
Decreto sigillato, 530.
Defensa, 634.
Defensio, 265.
Delitto atroce, 375.
Demanio, 136.
Denunciatio, 269, 274.
Denunzia, 277.
Denunzia anonima, 384.
Depredare, 635.
Detenzione preventiva, 379, 676.
Dies iuridica, 176.
Difesa penale, 747.
Diffamazione, 216, 241.
Diffidatus, 673.
Diffide, 277.
Dilazione triennale e quinquen., 697.
Dilazioni, 743, 745.
Dispute, 223, 743.
Distorno, 377.
Distractio bonorum, 723.
Distribuzione proporzionale, 695.
Districtus, 7.
Dogana di Puglia, 51.
Domande nuove, 578.
Domestici, 376, 710.
Domicilio, 193.
Dominus litis, 218, 741, 766.
Doni nuziali, 688.
Donne, 214, 430, 455.
Dote, 337.
Dottori, 710, 729.
Duelli, 152, 417, 418, 420, 422.

Ebrei, 29, 114, 427, 428, 674, 699, 710, 756.
Editio actionis, 242.
Editti, 259.
Eccezioni, 288, 290, 696.
Ecclesiastici, 198.
Economia fondiaria, 340.
Eloquenza, 742.
Eredi, 374.
Eretici, 84, 213, 368, 427, 536, 748.
Error in iudicando, 390.
Error in procedendo, 390.
Esame del reo, 538.
Esaminator di sequestri, 700.
Esculentum, 19, 172.
Esecuzione parata, 663, 703.
Esecuzione privata, 629.
Evizione, 275.
Exclamatio, 691.
Excussio, 689.
Exgravatores, 360, 582.

Fallimenti, 101, 117, 675, 689, 721.
Fama, 459, 461.
Farmacie, 29.
Fatali, 576.
Faziosi, 339.
Fedecommesso, 339, 270, 691.
Ferie, 177, 262.
Ferro rovente, 417, 421.

Digitized by Google

Feste religiose, 177.
Fiere, 111.
Fideiussione, 700, 740.
Figliazione, 89, 434, 458, 569.
Filangieri, 395, 492, 542, 781, 793.
Finestre, 680.
Fisco, 136, 230, 459.
Fitto, 642.
Flagranza, 757.
Fodro, 64.
Forbanniti, 397, 711.
Forestieri, 19, 125, 306, 426, 430, 691.
Foretanei, 125.
Forgiudica, 395, 403, 621, 630, 644, 683.
Foristi, 89.
Foriudicati, 397.
Forma celerata, 386.
Formalismo, 760, 468.
Foro ecclesiastico, 10, 75.
Foro marittimo, 109.
Forum conscientiae, 173.
Franchigia, 753.
Fuga, 202, 641.
Fuggitivi, 101, 202, 631, 647, 673, 723.
Furiosi, 339.

Gabelle, 137.
Gazaria, 109.
Giocolieri, 427, 756.
Gismondina (Legge), 118.
Giudizio dei pari, 131, 501.
Giudizio delle gride, 685.
Giudizio di Dio, 152, 415, 417.
Giudizio sommario, 32, 37, 49.
Giunte dell'annona, 51.
Giuramento, 89, 318, 426, 449, 785.
Giuramento di calunnia, 305, 740.
Giuramento di malizia, 306, 308.
Giuramento di verità, 305, 517.
Giurati, 59.
Giurì, 364.
Giurisdizionalismo, 90.
Giurisdizione consolare, 102.
Giurisdizione volontaria, 180.
Giustiziere, 22.
Graduazione, 583, 693, 699.
Grassatori, 387.
Gravamen, 609.
Grazie, 542.
Guarentigia, 662.
Guidatico, 392, 735.

Habilitatio per clamydem, 755.
Honores, 63.
Hostaria, 644.

Iattanza, 241, 256, 765.
Idioti, 24, 170, 224, 499, 738.
Imbrigare, 669.
Immunità ecclesiastica, 89.
Immunità di casa, 709, 750.
Impedienti ingresso di lite, 292.
Imperatore, 160.
Impero mero e misto, 64.
Impinguare, 355.
Impuberi, 713.
Incantesimi, 84.
Incanti, 31, 690, 968.
Incarica, 356, 196.
Incendio, 417, 462.
Incesto, 462.
Incidenti, 287, 323.
Inchiesta generale, 363.
Incumbenti, 413.
Indignazione, 382.
Indiculus commonitorius, 343, 557.
Indipendenza del giudice, 738.
Indizi, 387, 393, 460, 472, 475, 490, 541.
Indulto, 394, 542.
Infamatus, 357, 360.
Informazione, 326, 787.
Ingenere, 357, 465, 475, 749.
Ingiurie, 372, 730.
Inhibitio, 210, 272, 585.
Iniquità, 589.
Innocenza, 349, 551.
Innovata, 585.
Innovazioni, 304.
Inquilini, 640, 641, 734.
Inquisitio, 356.
Inquisitio specialis, 363.
Inquisizione, 51, 88.

Digitized by Google

Inscriptio, 350, 375.
Insinuazione, 259.
Insufflatio spiritus, 49, 282, 584.
Insultus, 756.
Interdicta, 342.
Interesse, 272.
Interlocutorie, 399.
Interpellatio trina, 207.
Interrogationes, 309, 311, 313, 438, 489, 742.
Intervento, 269, 760.
Introitus temerarius, 750.
Intromissio bonorum, 574, 676, 749.
Inviolabilità domiciliare, 91.
Ipoteche, 259.
Istanza di converso, 497.
Istrumenti guarentigiati, 178, 336.
Iudex chartularius, 659, 664, 665.
Iudex suus, 193.
Iudices itinerantes, 362.
Iudices sapientes, 11.
Iudicium nullum, 588.
Iuramentum credulitatis, 448.
Iuramentum decisorium, 453, 488.
Iuramentum manifestationis, 688, 689, 706, 713, 729.
Iuramentum purgationis, 448, 452.
Iuramentum suppletorium, 449.
Iurati, 376.
Iurisdictio, 166.
Ius executivum, 683, 634.
Ius novorum, 578, 783.
Iustitiarii, 18, 562.

Ladroni, 357.
Lapsa fatalia, 283.
Lata pro servato, 531.
Laudamento, 517.
Laudatio actoris, 212, 269, 274.
Laureati, 210.
Legazia sicula, 55, 92.
Leggi sugli avvocati, 746.
Legitimatio ad causam, 254.
Legitimatio personae, 214.
Lesa maestà, 258, 378.
Lettere arbitrarie, 57.
Lettere avogaresche, 43.
Lettere di cambio, 105.
Lettere dimissoriae, 572.
Lettere esecutoriali, 90, 667, 728.
Lettere matriculatae, 208.
Lettere remissoriali, 175.
Levazione di gaggio, 690.
Libello, 242, 352, 375, 550, 768, 787.
Libello proclamationis, 233.
Liber inferni, 398, 667, 673.
Liber proscriptionis, 401.
Libri catastali, 609.
Libri dei mercanti, 442, 732.
Licentia impediendi, 632.
Liquidazione, 728.
Lite calunniosa, 745.
Litera ad capiendum, 754.
Liti fra parenti, 44.
Litisconsorzio, 760.
Litiscontestatio, 329, 350, 741.
Litispendenza, 263.
Locandieri, 642, 710.
Locazione, 339, 730.
Lodo, 181.
Lutto, 263.

Magistrato di sanità, 29, 138.
Magistri monetarii, 122.
Magnate, 459.
Malaria, 260.
Mallevadori, 361.
Mandata ad manutenendum, 342-343.
Mandata ad relevandum, 729.
Mandata de aperiendo concursu, 698.
Mandata de solvendo, 702, 733.
Mandato, 219.
Mano regia, 702.
Manu militari, 689.
Manus regia, 345.
Marinai, 207, 129.
Massari, 360.
Matrimoni, 89, 434.
Medici, 376, 433, 729.
Mendicanti, 429.
Mercanti, 106.
Mercatura, 692.
Mercedi, 337.
Meretrici, 92, 193.
Messo, 253.
Mezzadria, 641.

Digitized by Google

Milites, 136.
Militia togata, 742.
Miniere, 30.
Ministero pubblico, 31.
Minori, 376, 391, 480, 775.
Miserabili, 208, 227, 454, 738, 775.
Missi imperiales, 9.
Missio in bannum, 626.
Missio in bona, 265, 627, 649, 652.
Missio in possessionem, 652, 725.
Mobili, 685, 697.
Molini, 29.
Monaci, 77.
Moneta, 29, 99.
Monetieri, 122.
Monitio ad publicandum, 626.
Monitio ad concludendum, 652.
Monitoria, 175, 385, 688.
Moratorie, 722, 731.
Motivazione, 389, 391, 514, 517.

Nascite, 459.
Naufragio, 121.
Nazione, 128.
Negativa iuris, 411.
Nobili, 131, 480, 429, 787.
Noli, 131, 480.
Nomina actionum, 154, 212, 240, 248.
Normanni, 17.
Notai, 174, 424, 439, 660.
Notatus, 360.
Notificatio, 355, 519.
Notorietà, 356, 436, 490, 567.
Noxa, 631.
Nullità, 35, 535, 538, 587, 626.

Oblatio, 696.
Oblatio libelli, 234.
Obligatio cameralis, 663.
Occultazione, 689.
Offerta, 696, 701.
Officium iudicis, 764.
Omisso medio, 560, 562, 563.
Onere di prova, 407.
Onorari, 222.
Operaio, 710.
Opinamento, 505, 515.
Opposizione, 273.
Opposizione di terzo, 611, 693.
Ordalie, 420.
Ordini cavallereschi, 133.
Ordo romanus, 152.
Oretenus, 338, 390.
Orfani, 672, 775.
Ospedali, 89, 336, 775.
Ospizio regio, 136.
Osservanza del solito, 342.
Ostentatio ventosa, 698.
Otto di balia, 137.

Pace di Costanza, 556, 558.
Pacieri, 44.
Pacificazione, 390.
Pactum ingrediendi, 632.
Pactum in re, 633.
Pagano Mario, 340, 395, 492, 538, 793.
Palmari, 222.
Parabula depredandi, 644, 672.
Pareatis, 690.
Parenti, 691.
Parte civile, 369.
Particolarismo, 436.
Pascolo abusivo, 641.
Patronato, 89.
Patti nudi, 89.
Patti successori, 270.
Pegno, 339, 515.
Pellegrini, 318.
Pender, 323, 532.
Pene ignominiose, 719.
Penes acta, 663, 667, 668.
Perentorie eccezioni, 292.
Perentorio, 257.
Perhorrescentia, 50, 193, 454.
Periodo sospetto, 727.
Periti, 463, 698, 787.
Perizie, 697.
Perquisizioni, 757.
Persone privilegiate, 140.
Peste, 260, 264.
Petitio, 242.
Piazze morte, 135.
Piemonte, 26.
Pignoramento, 268.
Pinguevalente, 729, 734.

Digitized by Google

Pirateria, 199.
Planario giudizio, 338.
Plano, 330.
Pluralità di azioni, 760.
Poculentum, 19.
Polizze di carico, 712.
Positiones, 249, 303, 310, 317, 415, 416, 742.
Possessio decretalis, 682.
Possesso, 342.
Possesso sommariissimo, 770.
Possesso tediale, 681.
Possessorie cause, 341, 343.
Poste, 320, 326.
Poveri, 57, 222, 429, 708.
Praesae, 267.
Praeventio fori, 263.
Pratica magnifica, 33.
Preceptum disgumbrandi, 162, 267, 656.
Preceptum intrandi, 646.
Prede, 645.
Pregiudiziali, 204.
Prelazione, 691, 696.
Preparatori atti, 285.
Presentata, 250, 261.
Prevenzione, 199.
Pristino, 382.
Privilegi delle doti, 693.
Privilegium fori, 77.
Probatio semiplena, 771.
Probiviri, 498.
Procedimento edittale, 727.
Procedimento monitorio, 654.
Processus iactationis, 242.
Processus simultaneus, 204.
Proclamatio ad probandum, 769.
Proclami, 258, 380.
Procura illegale, 596.
Procuratore, 741.
Procuratori di S. Marco, 34.
Prodighi, 339.
Pronuncie pettorali, 783.
Propinqui, 217.
Proposizione di dotti, 145, 506.
Proprietà fondiaria, 284.
Proroga di foro, 205.
Proteste, 277.
Prova giuridica, 409.
Prova legittima, 407.
Prova liquida, 413.
Prova negativa, 411.
Prove, 340, 771, 772.
Prove legali, 238, 407, 409, 412, 465.
Prove scritte, 439.
Provocatio ad causam, 583, 613.
Provocatio ad opponendum, 275.
Provocatorio processo, 241.
Pubblicazione di sentenza, 527.
Publicatio testium, 423.
Pugna, 419.
Puncta, 496, 774.
Pupilli, 180, 336.
Purgatio, 399, 415, 417.

Quaestiones, 309.
Quarantia, 40, 381.
Querela di falso, 760.
Querela iniquitatis, 589.
Querela nullitatis, 590.
Querimonia, 247.
Questioni di foro, 294.
Questioni pregiudiziali, 760.
Quindena, 732.

Rappresentanza, 216.
Rappresaglie, 161, 203, 339, 644, 648, 710.
Reati politici, 615.
Rebus sic stantibus, 528.
Reclamatio, 553.
Reductio ad arbitrium boni viri, 188.
Refugium, 711, 735, 752.
Regalie, 111.
Registri, 235.
Registri di stato civile, 458.
Registri parrocchiali, 442.
Reintegranda, 342, 343.
Relazioni, 504.
Relegazione, 378.
Relevatio ab onere probandi, 453.
Reo, 199.
Reprobatio, 412.
Representanda re, 689.
Res iudicata, 509, 543, 544, 582, 586.

Digitized by Google

Res sita, 196.
Retratti, 694.
Revisione, 608, 785.
Revocazione, 609, 619.
Riconvenzione, 203, 497.
Ricorso in grazia, 403.
Riparazione pecuniaria, 372.
Riscatto, 691.
Riserve, 495.
Rito alla dritta, 338.
Rito curiarum, 160.
Rito dell'eccelso, 380.
Rito siculo, 393, 437.
Ritrattazione, 608.
Rottura di porta, 700.
Rubricatio, 385.
Rumor, 461.
Ruota genovese, 32.
Ruota romana, 47, 145, 178.
Ruote, 505.
Rustici, 429.

Sacramentali, 416.
Saepe Decretale, 333.
Salari, 337.
Salari di giudici, 36.
Salvaguardia, 731.
Salvo l'ingiunto, 656.
Sanità, 137.
Sapientes, 44, 173, 499.
Saraceni, 427.
Savi dei pupilli, 180.
Savi della mercanzia, 104.
Saxire, 669, 637.
Scholastici, 11.
Scire per se, 236, 306.
Scolari, 336.
Scomunicato, 450, 596.
Scriba, 439.
Scriptura de terc, 663.
Scrittura, 174, 232.
Scrivania di razione, 50.
Scrupolo, 293.
Secretum, 434.
Sedili di Napoli, 536.
Seduzione, 615.
Segnatura, 37, 146, 787.
Senato milanese, 25.
Senato piemontese, 30.
Sentenza civile, 503.
Sentenza condizionale, 529.
Sentenza di graduazione, 695.
Sentenza penale, 536, 544, 550.
Sentenza provvisoria, 532.
Sentenza sospesa, 534.
Sequestro, 342, 637, 643, 689.
Separazione dei patrimoni, 693.
Servaggio, 629.
Signore, 14.
Silenzio perpetuo, 216, 699.
Simultaneo processo, 204, 275.
Sindacato, 739.
Sindacatores, 602.
Sindaco, 355.
Sodomiti, 427.
Soldati, 336.
Solennità nel giurare, 454.
Solidarietà dei parenti, 82.
Solvat, 667, 697, 729.
Sommario processo, 327.
Sortilegi, 88.
Sospetto, 202.
Spese, 261, 268.
Spoglio, 341.
Sportule, 89, 509, 668, 738, 745.
Stadi di lite, 527.
Staggire, 669.
Stamento militare, 131, 210.
Stare ad rationem, 630.
Statario, 389.
Statuto di S. Antonio, 707.
Stile sigillato, 663, 666.
Stima giuridica, 466.
Stranieri, 197.
Stratigoti, 22.
Strumenti agricoli, 686.
Strumenti confessionati, 441, 663.
Strumenti guarentigiati, 178, 441, 756.
Strumenti pubblici, 440, 448.
Strumenti sigillati, 666.
Studenti, 119, 336.
Subaste, 701, 702.
Substantialia iudicii, 540.
Suggello alle porte, 704.
Summatim, 329.

Digitized by Google

Supplere, 766.
Supplica, 619.
Surroga, 682.
Suspicione, 206.
Syndaci, 360.

Tabacco, 137.
Tabellionato, 459.
Tabelliones, 424.
Tactus, 702.
Tactus lapidis, 719.
Taglio, 389, 497, 575, 749.
Talione, 350.
Tamburazione, 356.
Tamburo, 385.
Tenuta, 267.
Termini, 257, 277, 340, 414.
Territorialità del diritto, 198.
Terzo, 611.
Testamenti, 339.
Testimoni, 362, 388, 423, 469, 748.
Titoli esecutivi, 658.
Tocco, 702.
Tonsura, 80.
Tortura, 50, 97, 362, 380, 388, 400, 438, 446, 467, 476, 542, 689, 796.
Traditio per cartam, 163.
Transazione, 390, 622.
Translatio iudicii, 741.
Tratta, 33.
Tratta dei grani, 55.
Treguani, 20.
Tribunali eccezionali, 29.
Tribunali delle prede, 645.
Tribunali delle subastazioni, 702.
Tribunale di Sciarra, 49.
Tribunali mercantili, 36.
Tribunali per la peste, 51.
Tributi, 339.
Truglio, 377, 393, 622.
Tuitio, 699.
Tumulti, 615.

Udienza prima, 518.
Udienze regie, 564.
Urbanitas, 634, 654, 685.
Usurai, 339, 378, 434, 450, 459, 536, 542, 674, 708.

Vadimonium, 466.
Vagabondo, 193, 378.
Valdesi, 88.
Valeat quod agat, 772.
Vedove, 37, 336.
Velo levato, 345.
Venalità delle cariche, 175, 738.
Vendetta, 372, 705.
Vendite sub verbo regio, 57.
Veneficio, 462.
Verbum faciat, 49.
Verità finta, 547.
Verità formale, 466.
Vescovi conti, 3.
Via cedulae, 345.
Via iniunctionis, 345.
Via gravaminis, 585.
Via urbanior, 685.
Vicaria, 50.
Vicini, 651.
Vicinie, 44.
Violazione di domicilio, 757.
Visione scripturarum, 566.
Vita et militia, 694.
Vitium litigii, 304, 773.
Votazione, 509.

Wifa, 699.

Zecca, 29, 69.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

89097652770

B89097652770A

Digitized by Google

Digitized by Google

89097652770
b89097652770a

Digitized by Google